PARTE SECONDA

DELLA VIRTÙ DELL' IPOTECA

§ XLVI.

Il diritto d'ipoteca è di sua natura indivisibile sì per riguardo al credito, che per riguardo alla proprietà. Sussiste sì per la totalità, che per una parte del credito, e si estende agli interessi e alle altre periodiche prestazioni decorse da un triennio retro alla apertura del concorso, od alla petizione di pagamento di esse intentata e proseguita senza interruzione, ed a quelle che saranno decorse durante il giudizio; senza danno delle inscrizioni particolari da farsi, portanti ipoteca dal giorno della loro data. La stessa ipoteca sussiste per intero sopra tutti gli immobili che si sono obbligati e sopra ciascuno di essi; loro resta inerente presso chiunque passino, e si estende a tutte le parti, alle accessioni, pertinenze e miglioramenti sopravvenuti ai medesimi, e per conseguenza anche ai frutti, finchè non sieno separati o percetti.

Argomento dai §§ 443, 457, 1480 e 1497 del Codice civile generale austriaco;
dal § 120 del Regolamento giudiziario;
dagli art. 2114, 2133, 2151, 2166 e 2167, *Cod. civ. francese.*

SOMMARIO.

1. Della virtù inerente all'ipoteca. Il suo primo carattere è l'individualità dell'ipoteca stessa per riguardo al credito e alla proprietà.
2. Dell'efficacia dell'ipoteca in riguardo al credito ed a' suoi accessorii, cioè agli interessi e alle spese. Argomento dalle fidejussioni in riguardo agli interessi.
3. Segue dell'efficacia ipotecaria per gli interessi inscritti e non prescritti.
4. Ha luogo per le spese inscritte in una somma approssimativa.
5. Dell'efficacia ipotecaria in riguardo alla proprietà obbiettiva: cioè a tutti le parti materiali del fondo ed alle sue accessioni e pertinenze.
6. L'ipoteca si estende al fondo instrutto.

1. Ottenuta avendo nella prima Parte di questo trattato una distesa cognizione degli atti e delle condizioni richieste per comporre un valido diritto d'ipoteca, veniamo ora qui a considerare la sua virtù secondo che lo si volesse realizzare economicamente colle ulteriori contrattazioni, o se ne prosegua l'adempimento coattivo mediante la solennità dei giudizii. Di tal guisa per noi si continua a svolgere il concetto primo che abbiamo esibito dell'ipoteca a principio: ove l'abbiamo additata come una forma giuridica corrispondente al bisogno di sistemare il credito personale sulla proprietà fondiaria altrui: ivi abbiamo veduto i varii modi coi quali questa sistemazione si effettua, cioè traslocando il rapporto della legge generale del credito dalla fiducia, ossia dal diritto personale verso la libertà del debitore, alla garanzia, ovvero al diritto reale sulla di lui proprietà immobile. Abbiamo veduto quali elementi dovessero concorrere per la compiutezza di questa trasposizione, il cui effetto è ciò che si dice ipoteca: dicemmo cioè d'un credito personale che dee preesistere, d'un titolo, ossia d'una causa morale di questa trasposizione, d'una proprietà che è il termine opposto ove la trasposizione si effettua, d'un'inserizione infine che è una condizione necessaria a qualunque diritto reale sulla proprietà stabile. In quella prima parte abbiamo pure esaminato quali effetti conseguano dall'ommissione o dall'imperfezione d'alcuno di questi elementi; poichè dovevamo avvertire in quali casi la composizione d'una valida ipoteca non saria riescita.

Ora qui supponiamo che si sia ottenuta una compiuta ipoteca: la quale perciò dev'essere operativa in parecchi rapporti, che noi dobbiamo sottoporre a diligente esame.

Ma dal momento in cui nasce la valida ipoteca al giorno in cui viene ad essere esercitata passa un tempo qualunque, in cui la sua propria virtù iniziale s'accresce o diminuisce. E questa variazione può avvenire secondo le alterazioni che possono subire il diritto creditorio, la proprietà, e il rango rispettivo delle inscrizioni: dalle quali dipende la realità e quella priorità, che è il suo immediato corollario. E dopo queste possibili combinazioni dobbiamo ancora intrattenerci sulla efficacia probatoria e temporanea dell'inscrizione stessa, affinchè il creditore con essa conservi il suo diritto incolume fino al giorno in cui vorrà realizzarlo.

Incominciamo dalla virtualità dell'ipoteca in riguardo alle successive

variazioni del credito e della proprietà, dalle quali ella risulta. Questo diritto reale si conserva efficace fino a che non sia pagato tutto il debito personale: quindi per ogni e singola parte del credito. Si conserva efficace sulla proprietà in qualunque sua parte ideale o fisica, e la segue attraverso i suoi passaggi e le sue modificazioni (1). Però tra la quantità del credito e la quantità del fondo ipotecato non ci ha una relazione proporzionale, per la natura semplice e negativa del contratto d'ipoteca. Mi spiego: può il debitore concedere in ipoteca una tanta parte di una sua casa che corrisponda alla somma del credito. Suppongasi il credito di sessanta, e il fondo ipotecato del valore di novanta. La cosa ipotecata starebbe al credito nella ragione di tre a due. Se si fosse estinto il credito per la metà parte, potrebbe il debitore liberare il fondo d'una corrispondente porzione? Se il debitore morisse lasciando due eredi, i quali si dividessero il debito e il fondo ipotecato, potrebbe l'uno de' coeredi dire obbligata la parte del fondo assegnatagli solamente ad una parte corrispondente del debito? E nell'uno, e nell'altro caso rispondiamo che no; perchè l'ipoteca fu concessa nel caso che non fosse pagato il debito, e non si distinse il tutto dalla parte, nè del credito nè del fondo; cosicchè sino a che resta insoluta anche una minima parte del credito, l'ipoteca sta nel suo complesso; perchè il fondo intero fu ipotecato senza uno speciale e corrispondente assegno delle singole parti del debito. Finchè sussiste una minima parte del fondo, questa è obbligata al debito o a quella qualunque parte che rimanga insoluta: l'ipoteca quindi si disse essere ***tota in toto, et tota in qualibet parte fundi*** (2). Questa proprietà dell'ipoteca, che pur volgarmente si disse ***individualità*** o ***indivisibilità,*** non è un attributo essenziale, ma solamente una proprietà naturale, che dalla nozione dell'ipoteca consegue, e può essere limitata dal libero consenso delle parti interessate (3). Imperocchè considerandola come diritto risultante nel rapporto tra il credito e la proprietà, finchè l'uno o l'altro termine sussiste in qualche maniera, sussiste il rapporto e quindi il diritto medesimo: come pur avviene del dominio de' socii, che si conserva nella sua parte ideale sopra tutte le parti materiali del fondo (4); come pur si vede nelle servitù prediali, alle quali ***omnes glebæ serviunt*** (5).

Questo carattere dell'indivisibilità dell'ipoteca fu riconosciuto espressamente nell'articolo 2114 del Codice civile francese, e l'abbiamo tradotto nel presente nostro §.

2. La ragione dell'ipoteca dicemmo consistere nella sicurezza del credito. Ella continuerà dunque ad avere efficacia quando anche il credito

(1) Nippel. *comento* al § 457. n. 2. Cod. civ. austr. Winiwarter, ***Dir. civ. aust.*** tom. 2. § 146.

(2) Troplong, ***des priv. et hyp.*** num. 388 e 389.

(3) Chiesi, ***sist. ipot.*** num. 541.

(4) § XIII num. 14-16.

(5) Leg. 13. § 1. Dig. ***de servit. præd. rust.*** § 485. Cod. civ. austr. Chiesi, ***sist. ipot.*** num. 538. vol. 2. pag 40.

si stremasse fino ad una minima porzione. *Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata,* rescrisse Gordiano, *etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem* (1). Non esitavano perciò gli antichi ad acconsentire quelle due conclusioni negative che abbiamo qui trattate: che cioè, se fossero stati sottomessi all'ipoteca d'uno stesso credito più fondi, l'ultima frazione del credito continuerebbe ad aggravare tutti que' fondi. Se un coerede del debitore avesse pagato la sua parte del debito personale, l'ipoteca continuerebbe a sussistere anche su quella parte del fondo ipotecato che gli fosse stata assegnata nella divisione. Così stabilirono Neguzanzio (2) e Voet (3); e queste conclusioni erano pure avvalorate da molte leggi antiche. *Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset:* così rispose Pomponio (4) dopo Papiniano (5); così rescrisse Decio imperatore: *pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit, nisi intercedat pignus, vel hypotheca; tunc enim possessor obligatæ rei conveniendus est* (6).

Il credito che si vuole assicurato coll'ipoteca è quello che appare dall'inscrizione, e in una somma determinata secondo la natura produttiva del suo titolo speciale. Però il credito ipotecario, tal quale risulta al momento che lo si conforta dell'ipoteca, può accrescersi per gli interessi che produrrà, e per le spese necessarie alla sua coattiva realizzazione. Se l'ipoteca fu convenuta e l'inscrizione fu presa per gli uni e per le altre, calcolandole previamente in una somma determinata, l'ipoteca avrà effetto per tutto ciò che appare dall'inscrizione.

Ma sì degli uni, che delle altre cerchiamo in queste due distinte evenienze: o gli interessi e le spese occorribili furono designate nel titolo dell'ipoteca e nell'inscrizione, ma non se ne determinò il preciso o l'approssimativo importo: ovvero nè degli uni, nè delle altre fu fatta alcuna menzione nè nel titolo ipotecario, nè nell'inscrizione, per quel diritto in genere che vi avrebbe il creditore. L'ipoteca, ossia l'inscrizione del capitale varrà per l'una e per l'altra specie di questi accessorii?

Vediamo prima degli interessi. Gli antichi, ai quali era ignota la pubblicità ipotecaria, e non andavano in là del titolo costitutivo, erano assai in forse nel decidere, se gli interessi fossero coperti dall'ipoteca quando l'ipoteca per essi non fosse stata espressamente convenuta. Ben è vero

(1) Leg. 6. Cod. *de distract. pignor.* Eguali decisioni abbiamo da Ulpiano nella leg. 11 § 3. 4. *Dig. de pignor. action.* Paolo in leg. 23, § 14. Dig. *famil. erciscund.*

(2) Neguzant *de pignor.* par. 6. mem. 1. n. 21.

(3) Voet, *in pand, de pignor.* num. 19 Chiesi, *sist. ipot.* num. 558.

(4) In leg. 8. § 2. Dig. *de pignor. action.*

(5) In leg 65. Dig. *de evictionib.*

(6) Leg. 2. Cod. *de heredit actionib.* Così Diocleziano e Massimiano nella leg. 16. Cod. *de distract. pignor.*; così Severo e Antonino nella leg. 1. Cod. *de luitione pignor.* leg. 2 Cod. *si unus ex plurib. hered.*

che aveano di Scevola questa dottrina: *Lucius Titius pecuniam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Mævius, sub iisdem pignoribus, pecuniam dedit. Quæro an Titius non tantum sortis et earum usurarum nomine, quæ accesserunt antequam Mævius crederet, sed etiam earum quæ postea accesserunt potior esset. Respondit: Lucium Titium in omne quod ei debetur potiorem esse* (1). Ed anche Pomponio lasciò scritto: *cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cætera quoque, veluti usuras, et quæ in id impensa sunt* (2). Ma rimanea ancor dubbio se in questi responsi si presupponesse che l'ipoteca era stata espressamente convenuta anche per gli interessi: come appare dal seguente passo di Marciano: *propter usuras quoque, si obligata sit hypotheca, usuræ solvi debent* (3). Per la qual cosa Bartolo (4), Neguzanzio (5) ed altri institutisti (6) conclusero che l'ipoteca del capitale non vi si estendesse, senza un'espressa convenzione, per argomento da ciò che si stabilisce in riguardo ai fidejussori nella legge 68 § 1 Dig. *de fidejussoribus et mandatoribus*. Però ci sembra che per questa legge si possa decidere in contraria parte. Avvegnachè vi leggiamo; Petronio Tallo con altri s'era scritto fidejussore per Aurelio Romulo conduttore d'un fondo tributario per cento all'anno. Il fisco avea occupato col pegno quello stabile e avea convenuto i fidejussori al pagamento del capitale e degli interessi. S'opposero costoro. *Lecta subscriptione fidejussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fidejussores in usuras non teneri: sed, quidquid ex bonis fuerit redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem; et ita in id, quod defuisset, fidejussores conveniendos: exemplo pignorum a creditore distractorum* (7). Questa distinzione è preziosa: o la fidejussione, e la convenzione del pegno, portò sul titolo ossia sulla causa del debito: ovvero solamente sopra una somma determinata tassativamente. Se si fosse detto: costituisco l'ipoteca sopra la tal somma di debito, l'ipoteca non s'estenderebbe agli interessi. Se si fosse detto: costituisco l'ipoteca per il tal debito derivante dal tal titolo, che importa tanto, allora l'ipoteca assicurerebbe tutta la causa del debito, e per conseguenza anche i suoi frutti. Questa mi pare la vera dottrina di Paolo e con essa si possono spiegare i testi precedenti, e si può anco allegare nel nostro Diritto; perchè il § 1353 del Codice civile austriaco non esclude che il fidejussore possa essere obbligato agli interessi decorsi e decorribili nel senso che è spiegato da Basevi (8); come non patisce dubbio al-

(1) Leg. 18. Dig. *qui potior. in pignor.*

(2) Leg. 8. § 5. Dig. *de pignor. action.*

(3) Leg. 13. § ult. Dig. *de pignor. et hyp.*

(4) Bartolo in leg. centum Capuæ, 8. n. 3. Dig. *de eo quod certo loco.*

(5) Neguzant. *de pignor.* par. 5. mem. 1. num. 40.

(6) Voet, *in pand. de pignor.* n. 18. *qui potiores. in pign.* num. 27. Richeri. *Jurisprud.* vol. 9. §§ 1416. 1361. e 1362 Mattei *al Cod. civ. austr.* § 449. n. 3.

(7) L'identica decisione dello stesso Paolo è consegnata nella leg. 54. Dig. *locati.*

(8) Basevi al § 1353. n. 1, e 2. Cod. civ. austr.

cuno per l'articolo 2016 del Codice civile francese, per cui la fidejussione indefinita per una obbligazione principale si estende a tutti gli accessorii del debito, ed anche alle spese (1).

Fin qui del titolo ipotecario; cosicchè gli interessi non saranno dovuti per l'ipoteca, se nel titolo speciale di questa non fossero stati espressamente o tacitamente convenuti: come fu giudicato in riguardo agli interessi convenuti dopo chè fu presa l'inscrizione del capitale, per la sentenza 7 agosto 1845, n. 7018 dell'Appello veneto, e colla decisione aulica 31 marzo 1846, n. 5475 (2). Poichè in questo caso si potrebbe dire con De Olea: *quod ubi usuræ non proveniunt ex eodem fonte et contractu, sed ex diverso, non habent prælationem, quam sors principalis haberet* (3).

3. Vediamo ora dell'inscrizione. Dicemmo sotto il § XXIV n. 8, che l'articolo 2148, n. 4 del Codice civile francese vuole che s'inscriva l'importo degli accessorii del capitale: e distinguemmo dicendo, che si dovesse inscrivere l'importo preciso degli interessi scaduti, e quanto agli interessi futuri si dovesse solamente indicarne la misura, per esempio al 4, al 5 per cento; ma non l'importo di tanti anni.

Può tuttavia essere disputato se l'inscrizione del capitale importi per sè sola l'ipoteca degli interessi: come si giudicò colla sentenza 18 luglio 1845, n. 3212 di una Pretura: sentenza approvata dal Senato lombardo veneto colla decisione 19 maggio 1846, n. 922, in riguardo ad un credito inscritto proveniente da una sentenza, liquido e scaduto; al quale la legge per i §§ 1333, 1334 e 995 del Codice civile attribuisce gli interessi di mora in ragione del 4 ogni 100 (4). In questo caso potevasi dire che sufficientemente appariva che al debito capitale inscritto fosse inerente quel debito accessorio. Ma questo lontano e mediato indizio a nostro parere non sembra bastevole a scansare la formale disposizione del succitato articolo 2148, n. 4 del Codice civile francese, e delle ulteriori leggi dell'articolo 68 del Regolamento 19 aprile 1806, e del § 4 della Notificazione 28 aprile 1824 (§ XXXIV). Meritò quindi questa più vera opinione che fosse adottata ne' giudizii posteriori. E lo fu colla sentenza 8 giugno 1848 di una prima istanza, la quale escluse dal rango del capitale inscritto gli interessi di mora non inscritti e maturati dopo l'inscrizione del capitale istesso. Ammettevali l'Appello colla sentenza 19 gennajo 1849; ma la terza istanza colla decisione 17 agosto 1850 confermava la negativa del primo giudizio (5).

La ragione allegata per l'opinione contraria desumevasi dal § 120 del Regolamento giudiziario.

(1) Troplong, *caution*, sub. art. 2016 Cod. civile.

(2) Beretta, *giorn. di giurispr. prat.* an. 2, 1847 n. 7.

(3) De Olea, *de cession. jur.* tit 4. quæ. 1. n. 36.

(4) Beretta. *giorn. di giurispr. prat.* an. 3. 1850. num. 13.

(5) Gazzetta de' Tribun. di Milano, an. 1. 1851. num. 50. V. Giudicati conformi nella stessa Gazz. an. 5. 1855. n. 16.

« Gli interessi di un capitale munito d'ipoteca, vi si legge, tanto quelli che decorrono in pendenza del giudizio di concorso, come quelli dei quali esisteva il debito al tempo in cui il concorso si è aperto, hanno la stessa priorità che compete al capitale da un triennio, da contarsi dal giorno dell'aprimento del concorso retro; se però l'azione pel pagamento di essi fosse stata intentata già prima in giudizio e proseguita senza interruzione, competerà la medesima priorità tanto agli interessi maturati da un triennio retro, compulabile dal giorno in cui sarà stata presentata la petizione giudiziale, come a quelli che saranno decorsi dopo la petizione sino all'aprimento del concorso. Ciò che si è qui ordinato per gli interessi, vale anche per tutte le annuali prestazioni e corresponsioni, che sono con ipoteca assicurate sopra un fondo stabile. »

Questo § è nella serie di quelli che stabiliscono la classificazione e il grado dei creditori d'un concorso; quindi, dopo aver parlato de' creditori ipotecarj, viene a considerare gli interessi. Ma qui la legge, piuttosto che decidere e stabilire, sembra che presupponga che gli interessi abbiano l'ipoteca del capitale, per una loro apposita inscrizione od una menzione nell'inscrizione del capitale stesso. Questa legge si propone solamente di cercare se in virtù dell'ipoteca degli interessi o delle altre prestazioni periodiche possa ripetere il creditore tutte le rate scadute, o solamente quelle dell'ultimo triennio. Perchè si deve avvertire che il Regolamento giudiziario, come anteriore al Codice civile generale, ha prevenuto la disposizione dei §§ 1480 e 1497 di questo Codice circa la prescrizione triennale di quelle prestazioni: e non dispose altro. E diffatti nell'ultimo periodo di quel § soggiunse: che *ciò che qui è ordinato* per gli interessi vale anche per tutte le annuali prestazioni. Se quella legge disponesse secondo l'opinione contraria, che cioè gli interessi fossero esenti dall'inscrizione per il triennio, non si direbbe, come si dice in quest'ultimo periodo, che la stessa disposizione dovesse valere per le altre prestazioni annuali, le quali, come vi si soggiunge, *sono con ipoteca assicurate sopra un fondo stabile*. Ma quello che prescrive la legge in quel § per gli interessi e per le altre prestazioni annuali, concerne soltanto la prescrizione triennale.

Una diversa interpretazione ripugnerebbe contro la pubblicità del sistema ipotecario: posciachè se gli interessi non iscritti meritassero la realtà e la priorità del capitale, verrebbe di conseguenza che la proprietà del debitore apparirebbe aggravata di più di quello che non fosse in effetto: perchè tutti i crediti inscritti e infruttiferi si apprezzerebbero come fossero accresciuti degli interessi del triennio.

Analoga a quella del § 120 del nostro Regolamento giudiziario è la disposizione dell'art. 2151 del Codice civile francese; ove leggiamo: « il creditore inscritto per un capitale che produce interessi o annualità, ha diritto di essere, rapporto ad essi, classificato per due anni soltanto e per l'anno corrente, nello stesso grado in cui è collocata l'ipoteca del capi-

tale, senza pregiudizio delle inserizioni particolari da farsi, portanti ipoteca dal giorno della loro data, per le altre annualità non conservate in vigore della prima iscrizione (1). » Anche per questa legge si può disputare della necessità o meno d' inscrivere il debito e la misura degli interessi: e Tarrible avrebbe detto che vi sono esenti per una eccezione al principio della pubblicità ipotecaria (2). Ma già vedemmo come fosse prevalente l' opinione contraria (3). Eppereiò fu ottimo pensiero quello del legislatore modenese di correggere la formula dell'articolo francese con quell' altra degli art. 2219 e 2220 del suo Codice civile: « il creditore che ha inscritto un capitale, che produce annui interessi, *se nell' inscrizione ha enunciato la ragione dei medesimi*, ha diritto di essere, rispetto ad essi, collocato *per tre annualità, scadute al tempo dell'apertura del giudizio*, nello stesso grado in cui è collocato il capitale; senza pregiudizio delle inscrizioni particolari prese per maggiori arretrati che fossero dovuti, le quali hanno efficacia dal giorno della loro data. — Se nella inscrizione il capitale è enunciato fruttifero, ma non è stata indicata la ragione dell'annuo frutto, il creditore ha tuttavia il diritto d' essere collocato nello stesso grado del capitale per tre annualità ragguagliate in ragione di un cinque per cento, purchè non sia espressamente convenuto un frutto minore nell' atto costitutivo del credito. »

Questi due articoli furono tolti a prestito alla legge ipotecaria di Toscana (art. 108-112): e sono pur simili agli art. 2216 e 2217 del Codice di Parma, colla sola differenza che in questo la prescrizione degli interessi si computa a cinque anni.

Quattro cose importantissime e valevoli anche nella nostra giurisprudenza si stabiliscono in questi articoli. La prima riguarda la necessità dell'inscrizione degli interessi, ed è quella ove maggiormente insistiamo. La seconda è pur contenuta nell'articolo 110 della legge ipotecaria di Toscana, e riguarda il modo di questa inscrizione: e si conferma ciò che abbiamo detto coi francesi (§ XXIV n. 8), che non l'importo totale, ma la sola misura o ragione de' medesimi si deve inscrivere. La terza introduce un modo equivalente per determinare questa misura, poichè vi si dice che basta che il capitale sia inscritto col predicato di *fruttifero;* ed allora s'intende che sia fruttifero nella ragione legale del cinque per cento. Ottima decisione: perchè anche la nostra legge col § 994 del Codice civile austriaco stabilisce che questa stessa misura degli interessi convenzionali leciti *deve sottintendersi*, anche quando gli interessi sieno stati convenuti, ma non ne sia stata determinata la quantità. Con questo criterio legale la semplice enunciativa di capitale fruttifero deve bastare

(1) A questo articolo corrispondono l'art. 2043 del Cod. delle due Sicilie, l'art. 2257 del Cod. Albertino, l'art. 181 del Regol gregoriano.

(2) Tarrible, *Repert. V. Inscription hyp.* sect. 5. num. 14.

(3) § XXIV. num. 8. pag. 529.

alla pubblicità ipotecaria. Se però il titolo ereditorio, si soggiunge, portasse una misura minore, non si dovria pretendere di più in confronto di chicchesia.

La quarta disposizione di quegli articoli è pure contenuta nel § 120 del nostro Regolamento giudiziario, nell'articolo 1168 del Codice del Canton Ticino, e negli articoli 108 e 109 della legge toscana; e caratterizza con precisione quale sia il triennio entro il quale scaddero gli interessi, che si vollero conservati colla prelazione originaria del capitale: il qual triennio è quello che precede immediatamente il giorno dell'apertura del concorso, ossia della domanda che ne fosse stata fatta anche prima con un giudizio regolarmente proseguito. I francesi non viddero che questa limitazione ha la sua ragione nella teoria della prescrizione, quindi errano in una grave contenzione: come si può vedere presso Grenier (1), Tarrible (2), Favard de Langlade (3) e Troplong (4).

Questa prescrizione triennale per il § 120 del Regolamento giudiziario e i §§ 1480 e 1497 del Codice civile è comune a tutte le prestazioni annuali non accessorie a un capitale, quali sarebbero i censi, i redditi vitalizii, le mercedi locatizie ecc.

Il debitore potrebbe rinunciare per suo conto a questa prescrizione triennale, per argomento del contrario senso del § 1502 del Codice civile; ma con Troplong diremo che questa rinuncia non nuocerebbe ai terzi, se gli interessi maggiori del triennio, che sarebbero prescritti, non fossero conservati con un'apposita inscrizione; la quale però non avrebbe la prelazione originaria del capitale, ma quella soltanto della propria data (5). Questa è la precisa disposizione del succitato articolo 2151 del Codice civile francese.

Però per il succitato § 120 del Regolamento giudiziario e il § 1497 del Codice civile austriaco quella prescrizione sarebbe interrotta, anche in confronto ai terzi, mediante la produzione della petizione del pagamento di essi; perchè dovendo il giudizio essere regolarmente proseguito senza interruzione, non può accadere che gli interessi si accumulino di tanto oltre l'ordinario triennio, e a scapito de' successivi creditori.

Fu anzi giudicato dall'Appello lombardo colla sentenza 8 luglio 1854 che si dovessero gli interessi retrogradi d'un triennio al giorno della delibera esecutiva, e non solo dal giorno in cui il creditore avesse insinuato il suo credito nel protocollo aperto per il giudizio d'ordine (6); del quale vedremo nel Capo terzo di questa seconda Parte.

4. In riguardo alle spese è più agevole il conchiudere che non meritano l'efficacia ipotecaria del capitale, se non sono menzionate nella inscri-

(1) Grenier, hyp. num 98 — 100.

(2) Tarrible, *Repert.* V. *Inscription hyp. sect.* 5 n. 14, il quale solo vede giusto.

(3) Favard de Langlade, *Repert.* V. *Inscription hyp.* sec. 7. n. 9.

(4) Troplong, *des priv et hyp.* num. 697, 698, 700 bis e seg.

(5) Troplong. *des priv. et hyp.* num. 699.

(6) Gazzetta de' tribunali di Milano, 1854, n. 98.

zione di questo, e non vi sieno determinate in una somma speciale valutata approssimativamente (1). Perchè esse sono bensì un accessorio del capitale, perchè sono necessarie per ricuperarlo: ma data l'inserizione del capitale, con ciò solo non si può stabilire che esse vi sieno accessorie; perchè non sempre possono occorrere, e non si può stabilire a qual somma possano importare. Esse cadono nella regola comune: che ogni credito per ottenere l'efficacia ipotecaria dev'essere inscritto in una somma determinata.

Inscritte che fossero a questo modo coll'inscrizione del capitale, otterrebbero la medesima prelazione, perchè poteano essere assicurate dall'ipoteca prima che nascessero: perciocchè viddimo sotto il § VI come i crediti futuri si potessero assicurare coll'ipoteca quando fosse data la causa produttiva de' medesimi. E nel caso proposto colla dazione del capitale si pone anche l'eventualità, la causa giuridica di questo debito futuro ed accessorio.

Queste conclusioni sono in una così immediata derivazione dai principii elementari della materia, che non le crediamo meritevoli d'un'apposita consecrazione legislativa, come pur si fece negli articoli 2130 e 2218 del Codice civile di Parma, nell'articolo 1179 del Codice ticinese, negli articoli 63 e 182 del Regolamento legislativo di Gregorio XVI, nell'articolo 2237 del Codice albertino, nell'articolo 113 della legge ipotecaria di Toscana, e nell'articolo 2221 del nuovo Codice estense; nei quali si concede o un privilegio generale sui beni mobili ed immobili per queste spese, che si dicono accessorie al credito inscritto, ovvero la stessa prelazione del capitale, come se fossero inscritte con esso.

È inutile il dire che non ci sembra conveniente che il Legislatore voglia concedere delle cause di preferenza quando le parti stesse possono provvedervi ne' modi ordinarii.

Ma dei privilegi diremo nel § seguente.

5. Dicemmo essere il diritto d'ipoteca reale ed individuo per riguardo alla proprietà del fondo appreso. E dicemmo ancora più d'una volta che il concetto di proprietà racchiude due elementi: il diritto astratto del subbietto, ossia il dominio subbiettivo, e l'oggetto di quel diritto, cioè la cosa stessa considerata come materia; la quale se è immobile è anche l'oggetto differenziale dell'ipoteca. La proprietà sì nell'elemento subbiettivo, che nell'elemento obbiettivo può accrescersi o diminuirsi nell'intervallo dalla costituzione dell'ipoteca alla sua pratica realizzazione. Vediamo cosa avviene dell'ipoteca, cominciando dalle variazioni della proprietà obbiettiva.

In virtù del principio dell'individualità il fondo rimane soggetto all'ipoteca sia nel tutto che nella parte. Ipotecata una casa e distrutta, l'ipo-

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 702. bis.

leca permane sull'area: *est enim pars ejus* (1). Così si dica, se furono sottomessi più fondi; ciascuno di essi può essere adoperato alla realizzazione del credito.

Questa è la precisa disposizione dell'art. 2114 del Codice Napoleone (2). E vedremo nel seguente § LVII come sia data facoltà al creditore di esercitare questo suo diritto a norma di questa che si dice individualità passiva.

L'ipoteca si estende, secondo il § 457 del Codice civile austriaco, a tutte le parti del fondo, alle accessioni e pertinenze di esso, e per conseguenza anche ai frutti, finchè non sieno separati o percetti. Così è pure disposto nell'art. 2118 del Codice Napoleone, ove si dice che sono suscettibili di ipoteca i beni immobili che sono in commercio, ed i loro accessorii riputati come immobiti (3).

Vediamo cosa si debba intendere per accessione, per pertinenza e per frutto.

Pel § 404 dello stesso Codice austriaco è accessione tutto ciò che nasce dal fondo o ad esso si aggiunge, senza che al proprietario sia consegnato da un'altro: e questo avviene o per natura o per arte, o per l'una e l'altra insieme. Vengono nel novero delle accessioni naturali le alluvioni (4): *si fundus hypotheca datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligatur* (5). Non vengono però le isole nate nel fiume comunque sieno accessioni (6); perchè, secondo avverte Chiesi, sarebbero separate dall'area ipotecata e sarebbero piuttosto un nuovo acquisto (7). Del resto per le altre vere accessioni concludiamo con Richeri: *cum ex generali juris regula, accessiones principalis naturam sequuntur, ea etiam quæ singularibus rebus pignori obligatis accesserunt, in creditoris securitate obligata censentur* (8).

L'accessione che si dice industriale è quasi identica con ciò che si dice pertinenza: come quella che secondo il § 294 del Codice civile austriaco comprende tutto ciò che a qualche cosa è continuamente connesso, sia come necessario all'utilità della cosa principale, sia come semplicemente destinato al di lei uso continuato sia per la legge, sia per la volontà del

(1) Paolo nella *leg.* 21. Dig. *de pignor. action*, Winiwartor, *Diritto civ.* tom. 2. § 454 ai §§ 467 o 468 del Cod. civ. aost.

(2) Al quale corrispondono gli art. 2000 del Cod. delle due Sicilie, 2165 del Codice parmense, 1112 del Codice ticinese, 2163 del Codice sardo, 2156 del Codice modenese, 105 del regolamento gregorian., 59 del motuproprio ipot. toscano.

(3) Così è pur disposto nell'art. 2183 del Cod. parmense e nel 113 del regolamento ipotecario pontificio. Nella legge ipotecaria di Toscana si dicono immobili e quindi suscettivi d'ipoteca le fabbriche e gli affissi; e nell'art. 60 si comprendono nell'ipoteca tutti gli aumenti naturali e industriali sopravvenuti nei fondi obbligati. All'art. 2118 del Cod. Nap. sono poi conformi i Codici italiani, come dissimo nel § XIII. n. 4 in notis.

(4) § 411. Cod. civ. aust.

(5) Leg. 16. Dig. *de pignor et hyp.* leg. 18. § 1 Dig *de pignor. action.* Chiesi *sist. ipot.* num 781.

(6) § 407 Cod. civ. aust. leg. 9 § 4 Dig. *de usufructu.* § 22. Instit. *de rer. divis.*

(7) Chiesi, *sist. ipot.* num. 782

(8) Richeri, *giurisprud.* vol. 9. § 1369 e § 1370. Voet, *in pand. de pignor.* num. 4.

proprietario; quindi il successivo § 297 stabilisce: che appartengono alle cose immobili quelle che vengono erette sul fondo coll' intenzione che vi stiano permanenti, come le case e gli altri edifizii, con tutto il raggio d'aria perpendicolare al fondo: così pure non solo le cose fisse nella terra o nel muro, o assicurate con ferro e con chiodi, a cagione d' esempio, le caldaje destinate alla fabbricazione della birra o dell'acquavite, e gli armadii incastrati nei muri, ma le cose eziandio destinate all'uso continuo d'un tutto: come a dimostrazione d' esempio le secchie per cavar acqua, le corde, le catene, gli attrezzi per ispegnere il fuoco e simili.

Gli edificii rappresentano tra le accessioni industriali la più rilevante: quindi si disse che l'ipoteca, *jus soli, sequitur ædificium* (1).

La legge austriaca che citammo non richiede la connessione fisica della cosa accessoria alla principale: ma questa connessione sarebbe uno fra i varii caratteri della destinazione ad uso necessario o perpetuo. Grenier avria osservato con ottimo giudizio che le cinte, le dighe, od in genere gli edifizii necessarii per la difesa e l'economia d'un' acqua irrigatoria, quando fossero praticati oltre i confini del fondo, cadono tuttavia nell' ipoteca del fondo stesso, al quale si prestano come accessorii (2).

Zeiller nel comento al § 294, num. 4, disse necessaria la connessione fisica della cosa accessoria, e non bastante la semplice destinazione; ma sotto il seguente § 297 rinvenne alla più vera opinione, dicendo: che sono accessorii a quest' effetto i materiali *deposti sul luogo* della fabbrica per ristaurare o migliorare lo stabile. Così Nippel (3) e Winiwarter (4) non suppongono necessaria la connessione fisica della cosa accessoria, ma si accontentano che sia posta sul luogo, semplicemente presso la cosa principale, onde impiegarla a di lei uso. Nippel (5) va più avanti, considerando come pertinenza i materiali deposti sul luogo della fabbrica per ristaurare o migliorare uno stabile. Winiwarter però (6) e Mattei (7), non si accontentano della giacitura de'materiali sul luogo, i quali ponno essere destinati a tutt'altro uso. Ammettono tuttavia che divengano pertinenza quando la intenzione del proprietario fosse manifesta a questo collocamento.

Noi restringeremo, ossia spiegheremo la loro opinione, con quel detto d' Ulpiano: *item quod insulæ causa paratum est, si nondum perfectum est, quamvis positum in ædificio sit, non tamen videtur ædium esse* (8). Così a modo d'esempio, il legname grezzo destinato ad essere lavorato per le porte e le finestre della casa, se non ricevette ancora la forma specifica, per cui si possa dire essere il tale o il tal altro arnese, non si può dire che sia ancora accessorio e pertinenza della casa stessa.

(1) Paolo in leg. 21. Dig. *de pignor. action.* Nippel, al § 457 n. 3. Cod. civ. aust.

(2) Grenier, *hypot.* num. 149.

(3) Nippel, *comento* al § 294 num. 2. Cod. civ. aust.

(4) Winiwarter, Dir. civ. al § 297.

(5) § 297. num. 1.

(6) Loco citato.

(7) Mattei, al § 297. Cod. civ. aust.

(8) Leg. 17. § 5. Dig. *de action. empt.*

La perpetua destinazione dev'essere ben accertata. Quindi secondo i sullodati comentatori austriaci si possono considerare come pertinenze di una casa le stufe, le porte, i tappeti fissi, le imposte delle finestre: non già la mobiglia, gli arredi e gli utensili di casa, gli armadj o gli scaffali ancorchè infissi, quando togliere si possano senza deterioramento e danno permanente detto stabile; ma in un edifizio ove si eserciti un ramo d' industria, come un mulino, una fabbrica, una birreria, una locanda, una bottega di merceria, in generale ritengonsi come immobili tutti gli utensili inservienti all'esercizio di quel dato ramo d'industria (1). Però questi stabilimenti d'industria devono essere pertinenti allo stabile come il principale all'accessorio: deve non essere possibile di trasportarli da un edifizio all'altro. (2) Aggiungansi con Mattei (3) gli strettoj, i tini, le botti che sono costruite in un edifizio in modo che non possono trasportarsi senza scomporli o senza ingrandire le porte o i passaggi, come pure gli utensili che dipendono dagli strettoj: poichè in questo caso si vede il vero immobile essere destinato a ciò che è mobile di sua natura e costituire un tutto individuo, che per tale congiunzione si riassume in un concetto individuo, che si dice immobile.

Devesi però fare questa considerazione generale, che tutte queste cose ricevono il carattere legale di pertinenza d'un immobile, quando sono unite o destinate dal proprietario dell'immobile, e non già dall'inquilino o dall'affittuario: imperocchè in questo caso non vi sarebbe la destinazione del proprietario, e la destinazione perpetua o continua (4).

In proposito di questi accessorii bisogna fare quest' altra avvertenza importante, che l'ipoteca nella sua virtualità individua s'estende a questi nel senso, che il creditore può avvantaggiare nel momento che imprende a realizzare il suo diritto, non prima. Imperocchè, come stabiliremo meglio in appresso, l'ipoteca finchè è inesercitata non impedisce al proprietario l'uso libero della sua proprietà: quindi può distrarre questi accessorii con quella stessa libertà colla quale gli aggiunse al fondo. Questa limitazione è resa molto opportunamente nell'articolo 2205 del Codice siciliano, per cui l'ipoteca sopra mobili accessorii d'un immobile non dura quando passano in mano d'un terzo. Così è pure stabilito nell'articolo 107 della legge ipotecaria di Romagna, ove leggiamo: « nondimeno i mobili inerenti agli edifizii urbani ed i semoventi destinati a formare la dote o l'istrumento de' fondi rustici, sono compresi nell'ipoteca a cui soggiacciono i fondi. Tale ipoteca non potrà costituirsi separatamente: durerà finchè i mobili o semoventi rimarranno nella loro destinazione: non li seguono allorchè siano distratti »

Questa limitazione fu pure riconosciuta da Grenier (5), da Troplong in

(1) Zeiller, al sudd. § 297.
(2) Winiwarter, Dir. civ. ibidem.
(3) Mattei al § 294. n. 3 Cod. civ. aust.
(4) Zeiller, al § 294. num. 3. Cod. civ. aust.
(5) Grenier, *hyp.* num. 142.

riguardo alla specie dei frutti (1), e nello stesso riguardo anche da Ellinger (2), Nippel (3), Winiwarter (4) e Mattei (5); ed era ben necessario che ne parlassero come di cosa essenziale alla cognizione pratica del sistema ipotecario. Nè la sottacque l'egregio nostro Chiesi, il quale anzi l'avvalorava col dire: esser fuori di dubbio che il debitore conserva il possesso e il godimento dell'immobile ipotecato; anzi differire in ciò l'ipoteca dal contratto d'anticresi, in virtù del quale il creditore acquista la facoltà di percepire i frutti dell'immobile dato in pegno fruttifero. Il diritto pertanto che ha il creditore ipotecario sui frutti (e quindi sugli accessorii, soggiungiamo) essere un diritto in potenza, il quale si attua il giorno in cui egli fa uso in giudizio della sua ipoteca (6).

6. La legge austriaca permette anch'essa che l'ipoteca si estenda eziandio al *fondo instrutto?* Il § 457 del Codice civile, combinato col § 294 l'arreca implicitamente, posciachè l'ipoteca si estende alla pertinenza, e per pertinenza si intende tutto quello senza di cui la cosa principale non servirebbe ad alcun uso. Anzi il § 296 esclude ogni dubbio nella deduzione pratica di questa nozione; poichè vi si legge: « i grani parimente, le legne, ciò che serve al nutrimento degli animali e tutti gli altri frutti, benchè già raccolti, e così pure tutti gli animali e tutti gli stromenti rurali e gli utensili appartenenti al fondo si considerano fra le cose immobili fino a tanto che sono necessarj alla continuazione della ordinaria economica amministrazione del fondo. »

Per ordinaria amministrazione, diremo col professor Winiwarter, qui giova intendere quella che è conforme agli usi d'un dato paese, e non quella che è conforme ai veri principj economici, come spiegano Zeiller e Nippel (7). Le cose necessarie all'ordinaria amministrazione secondo la patria consuetudine sono quelle che volgarmente si comprendono sotto il nome di *scorte vive e morte.* Le leggi romane ci porgono abbondantissimi esempii, nei titoli de' Digesti *de instructo vel instrumento legato* (leg. 8, 12, 20 e 21), *de actionibus empti et venditi* (leg. 13 § ult. 14, 15 e 17) e nella leg. 2 Codice *de verborum significatione.* E tra i cultori di essi bello è a leggersi l'elegante trattato *de Re agraria* dell'avvocato di Mortara Gaspare Domenico Romussi (8).

La legge francese sottomette all'ipoteca dello stabile questa specie di pertinenza, nominandola nella specie degli immobili per destinazione, come si può vedere negli articoli 522-524 del Codice napoleone (9).

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 404.

(2) Ellinger, *man. del Dir. civ. aust.* al § 457.

(3) Nippel, al § 457, num. 8.

(4) Winiwarter, *Dir. civ.* tom. 2. § 146.

(5) Mattei al § 457 n. 43.

(6) Chiesi, *sist. ipot.* num. 568.

(7) Winiwarter, § 296 Codice civ. Opinione adottata da Basevi, al d. §

(8) Specialmente i Responsi 20, 21, 28 e 29.

(9) Ai quali corrispondono gli art. 445-447 Cod. siciliano, art. 377-379 Cod. parmense,

La legge ipotecaria toscana dichiara ugualmente beni immobili i mobili e semoventi divenuti strumenti dei beni, delle fabbriche, degli edifizii, sino a che mantengano tale destinazione (1).

E rinnoveremo la superiore avvertenza, che applicabile sia la massima del combinati §§ 437 e 296 del Codice civile, allorquando il fondo oppignorato sii coltivato dallo stesso proprietario: ma se, come di ordinario ne' tenimenti delle nostre provincie, fosse coltivato da coloni od affittajuoli, l'ipoteca non colpirebbe che quelle scorte vive o morte che egli per il suo contratto fosse obbligato in fine di locazione di lasciare sul fondo: come insegna il sullodato Romussi, ove dice che si possono oppignorare siffatte scorte, *si rusticus proprium habeat prædium et in eo instrumenta .... ut capi possint in executione una simul cum prædio ipso, non autem per se sola* (2). Il che diciamo analogamente a quanto abbiamo osservato nel numero precedente in riguardo alle altre pertinenze: e troviamo formalmente prescritto nell'articolo 532 del Codice civile francese e nell'articolo 404 del Codice sardo.

Notisi infine con Carozzi, ritenersi come utensili e stromenti appartenenti al fondo anche le mappe, gli stromenti di acquisto e tutte le altre carte o documenti che giovano a provare la ubicazione e la provenienza di un fondo, ed i diritti allo stesso inerenti (3).

7. Anche i frutti dell'immobile vengono sotto il nome di pertinenza secondo la dichiarazione del § 295 del vigente Codice civile: « l'erba, gli alberi, i frutti, e tutte le cose utili che la terra produce sulla sua superficie, rimangono sostanza immobile fino a tanto che non sieno separate dal suolo. » Teorica suggerita da quell'aforismo di Gajo: *fructus pendentes pars fundi videntur* (4).

Se i frutti si considerano come *scorte,* quali sono le sementi, il fieno da consumo ecc., abbiam detto che formano pertinenza senza distinguere se raccolti o da raccogliersi (5). Ma questa distinzione è necessaria quando si considerino generalmente come frutti: chè in tal caso nel novero delle pertinenze non vengono che i *frutti pendenti.* Tolta questa unione, scrive Nippel, cessano d'essere pertinenze di un bene immobile, e si trasmutano in mobili aventi una speciale e separata natura (6).

Questa è pure la precisa sanzione del § 437 del Codice civile austriaco,

art. 404 Cod. albertino, il sudd. art. 407 della legge ipot. di romagna, l'art. 4 della legge ipot. toscana e gli art. 412 o 413 del Codice estense.

(1) Art. 4. n. 1. motuproprio toscano sulle ipoteche.

(2) Romussi, de re agrar. Respons. 28 num. 12-19.

(3) Carozzi, *Giurisprud. del Cod. civ.* tom. 8 pag. 14. n. 11. Nippel, al § 296. n. 5. Mallel, allo stesso § n. 19.

(4) Leg. 44. Dig *de rei vindication.*

(5) Nippel: *comento* al § 437 n. 7. Cod. civ.

(6) Comento al § 295. Cod. civ. Tale era pure la sentenza degli antichi nella legge 5. § 2. Dig. *de requirend. vel absentib.* Merc. Merlin. *de pignorib.* lib. 2. tit. 1. quæ. 49. n. 3. Carozzi, *giurisp. del Cod. civ. austr.* tom 10. del diritto di pegno, cap. 1. n. 21.

che dice, il diritto di pegno estendersi alle pertinenze della proprietà *e per conseguenza anche ai frutti finchè non siano separati o percetti.* La legge francese e le pedisseque (1) estendono egualmente l'ipoteca a questa classe di pertinenze, chiamandole sotto la categoria di beni immobili; quali sono secondo l'articolo 520 del Codice Napoleone le messi unite alle loro radici ed i frutti degli alberi non per anco staccati: ma quando le piante sono tagliate ed i frutti raccolti, quantunque non trasportati, si considerano nella loro vera natura di beni mobili (2).

Nella nozione di *frutti* si comprendono e i frutti naturali, e i frutti che si dicono civili, ossia le pensioni locatizie e tutte le altre prestazioni corrispettive del godimento d'un bene immobile, d'un capitale, e di qualsiasi oggetto (3). *Denique,* scrive Garsia, *veteres jurisconsulti nomen hoc fructus latissime sunt interpretati civili modo, juxta qualitatem rei de qua egissent* (4).

Dissimo, e giova ricordarlo, che questa estensione dell'ipoteca non impedisce al possessore del fondo di percepire, alienare od impegnare ad altri i frutti, finchè il creditore ipotecario non sopravvenga ad impedirgli coll'azione ipotecaria o col pignoramento la libera disponibilità dette cose sue. Il diritto del creditore ipotecario assicuratogli dal § 457 del Codice civile, come pure l'efficacia reale dell'ipoteca in riguardo alle pertinenze, migliorie e scorte del fondo ipotecato, è allo stato piuttosto ideale che pratico, finchè non venga effettivamente esercitato mediante quell'apprendimento esecutivo, di cui parleremo nel seguente § LVIII. Avuta quindi relazione a questa circostanza di fatto, si intende il senso della disposizione dello stesso § 457, in ciò che vi si soggiunge: « quindi se un debitore impegna ad un creditore il suo fondo, e poscia ad un altro i frutti del fondo medesimo, il posteriore pegno *non è operativo* se non pei frutti già staccati e percetti. »

Conciosiachè la legge considera i frutti pendenti come pertinenza dell'immobile, e quindi li assoggetta all'ipoteca; e riguarda i frutti percetti e staccati come cose mobili, e li fa materia di vero pegno, marcando nell'atto del raccoglimento di essi il passaggio dall'una all'altra specie di diritto.

Ma poniamo il caso inverso: che prima il debitore avesse impegnati i frutti nati e nasciturі, senza l'inscrizione dello stabile che li produce: poscia avesse ipotecato ad altri lo stabile medesimo. Il pegno anteriore sarà egli operativo a preferenza della posteriore ipoteca? De' frutti percetti non dubitiamo; perchè dissimo che dopo percetti non si considerano

(1) Vedilo nel numero precedente.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 404 e 777. Grenier, *hyp.* num. 147.

(3) Ulpiano parificò ai frutti agricoli le produzioni del gregge nella legge 7. § 9. Dig. *Soluto matrimonio,* Scevola parificò ai frutti agricoli le pensioni dei coloni nella leg. 58. Dig. *de usufructu et quemadm. quis utatur,* e Giuliano parificò gli interessi ai frutti secondo Ulpiano nella leg. 17. Dig. *de donation. inter virum et uxorem.*

(4) Garsia, *de espensis et melioral.* cap. 25. n. 2. Vedasi Zeiller al § 330. n. 4. e Nippel al § 457 num. 7.

come accessorii dell'immobile. Ma possiamo dubitare circa ai frutti pendenti al tempo del pignoramento giudiziale, praticato dal creditore ipotecario. Noi pensiamo che il pegno di questi frutti, qualunque egli sia, non sia prevalente alla posteriore ipoteca; perchè il pegno in genere per essere interamente efficace deve, o essere accompagnato dalla consegna delle cose mobili, o dall'inscrizione delle cose immobili. I frutti pendenti sono parte del fondo, sono immobili: i futuri sono ancora un nulla, senza l'apprensione della loro causa produttiva, che è ancora l'immobile. Come immobili il creditore non li potea apprendere separatamente dall'immobile, perchè se li avesse separati non sarieno, come supponiamo, frutti pendenti. Non volle d'altronde impegnarli colla loro causa produttiva, non volle cioè avere un'ipoteca: non può dunque far concorrenza colla posteriore ipoteca. In questo senso e per la ipotesi contraria, il § 457 del nostro Codice civile disse che l'ipoteca s'estende sopra i frutti futuri, e vince il pegno in quanto non si realizzi sui frutti già staccati e percetti. Quindi rifiutiamo l'opinione di Zeiller (1) e di Ellinger (2), i quali concedono la preferenza reale, senza aver riguardo alla natura speciale del pegno di cosa mobile.

Alla nostra conclusione è del resto annuente Troplong in ciò che dice, che il creditore ipotecario col successivo pignoramento *immobilizza* i frutti, che sarieno dovuti al creditore anticretico, il quale non avesse munito il suo diritto della realità ipotecaria mediante l'inscrizione (3). Anche l'avvocato Mattei l'adottò (4): e fu pur giudicato che l'assegno ottenuto da un creditore non ipotecario sopra le pensioni di fitto d'uno stabile non fosse operativo in confronto dei creditori ipotecarii posteriori, i quali aveano esercitato il loro diritto quando le pensioni non furono da colui ancora percette: sentenza dell'Appello lombardo 29 luglio 1852 n. 9077, confermata dalla suprema Corte con decisione 17 ottobre 1852 (5).

Ed osservò giustamente lo stesso Mattei (6), che non solo col pignoramento, ma eziandio col semplice sequestro, il creditore ipotecario può utilizzare la sua ipoteca sui frutti, nello stesso modo che il locatore dei fondi rustici può utilizzare il suo pegno legale su di essi. E non solo col sequestro o col pignoramento praticato dal creditore ipotecario si verifica l'efficacia dell'ipoteca sopra questo genere di pertinenza, ma tutte le volte che per esecuzione giudiziale i frutti naturali o civili d'uno stabile sono sequestrati od oppignorati da qualsivoglia creditore anche bigliettario, il sequestratario è tenuto, per comandamento espresso dei §§ 383 e 412 del Regolamento giudiziario, a soddisfare i frutti annui o altri obblighi, che decorrono da ragioni creditorie inscritte sullo stabile sequestrato,

(1) Zeiller, *comento* al § 457 num. 4. Cod. civ. austriaco.

(2) Ellinger, allo stesso §.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 778.

(4) Mattei al § 457 num. 2. Cod. civ. aust.

(5) Gazzetta de' Trib. di Milano, anno 3. 1853, num. 42.

(6) Mattei al § 457. n. 45. Così pure Winiwarter *Dir. civ.* tom. 2. § 146. Nippel, al § 457. num. 8. Ellinger, allo stesso §.

coi redditi di esso: ed il creditore impetrante l'arresto, vi si soggiunge, non potrà far valere le sue ragioni se non sopra i redditi che vi rimangono dopo fatte queste deduzioni.

8. Fra le accessioni dell'immobile vi sono di quelle le quali non vi appajano distintamente, ma si additano col nome generico di mutazione e di miglioria: come può dirsi d'una casa la quale, dopo distrutta, fosse stata riedificata, ovvero accresciuta o adornata: d'un fondo che si fosse arricchito di una ragione d'acquedotto o si fosse migliorato nell'economia in genere. Queste mutazioni e migliorie verrebbero nella classe delle accessioni e delle pertinenze, e l'ipoteca costituita sul fondo se ne avvantaggierebbe. E di questo modo decisero gli antichi col principio: *domo pignori data et area ejus tenebitur: est enim pars ejus; et contra jus soli sequetur ædificium* (1); e particolarmente poi nell'ipotesi d'una casa distrutta dall' incendio, la cui nuda area fosse stata da indi acquistata da un terzo, e questi vi avesse edificata una nuova abitazione: *quæsitum est* presso Paolo *de jure pignoris;* e rispose *pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri* (2).

Nella legislazione francese coll'articolo 2133 del Codice napoleone si riconobbe espressamente che l'ipoteca acquistata si estenda a tutti i miglioramenti sopravvenuti nell'immobile ipotecato (3).

Ma queste mutazioni e queste migliorie suppongono sempre la base fissa del fondo: sono a considerarsi come trasformazioni del fondo, conservato nella misura anteriore il *jus soli,* ossia l'area del medesimo. Per questo rispetto avvertivano giudiziosamente Grenier (4), Troplong (5) e Chiesi (6), che non si dovessero ritenere come migliorie di competenza dell'ipoteca quei novelli acquisti di terreno, che il debitore avesse fatti per arrotondare la sua possessione; e Grenier anzi, imaginando che sopra queste diverse aree avesse costruito un unico e indivisibile edifizio, scrisse che il creditore conservi il diritto di farlo vendere, ma non d'essere graduato e soddisfatto, se non sulla parte di prezzo proporzionata al rapporto del valore dell'area antica colla novellamente acquistata. Il *jus soli* del creditore sull'area antica si conserva, col debito riguardo alla indivisibilità materiale delle due aree nata per la costruzione d'un solo edifizio; e quindi ritorna evidente quella osservazione che facemmo in

(1) Paolo nella leg. 21. Dig. *de pign. actione.*

(2) Leg. 29. § 2. Dig. *de pignor. et hyp.* Egualmente rispose Labeone nella successiva leg. 31 ood. tit Così Marciano nella legge 16. § 2. Dig. *de pignor. et hyp*: opinione adottata da Ettinger, *man. del Dir. civ. austr.* § 467. Mattei, al § 457 n. 6. Cod. civ. austr. Chiesi, *sist. ipot.* oum. 785.

(3) Al quale corrispondono gli art. 2019 del Cod. delle due Sicilie, art. 2092 del Cod. albertino, art. 113 del Regolam. gregoriano, art. 60 della legge ipot. toscana, art. 2185 del Cod. estense. L'art. 2183 del Cod. parmense invece di miglioria dice alluvioni o *incrementi.*

(4) Grenier, *hypoth.* num. 148.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 552.

(6) Chiesi, *sist. ipot.* num. 785.

altro luogo, che cioè l'ipoteca tende a realizzarsi, non sulla cosa materiale, ma sulla sua entità economica, cioè sul valore, il quale è pur sempre divisibile. Ma fatta astrazione dal valore, la casa stessa come indivisibile sarebbe comune tra il creditore dell'area antica e il creditore ipotecario dell'area novella: perciò può invocarsi un argomento favorevole alla proposta conclusione da ciò che dispone il § 843 del Codice civile austriaco, che cioè quando la cosa comune sia indivisibile, o almeno non possa dividersi senza grave diminuzione di valore, devesi, se anche un solo dei consorti lo esige, venderla al pubblico incanto e dividerne il prezzo fra i consorti.

In riguardo alle mutazioni devesi ancora avvertire che non tutte le mutazioni influiscono sull'ipoteca, ma sono concludenti quando si conservi la base della proprietà, la sostanza dell'immobile. Se questo fosse venduto non si potria dire che l'ipoteca sia trasportata sul prezzo; ma continuerebbe a giacere sull'immobile, ad eccezione del caso dell'espropriazione esecutiva: come troviamo deciso in un rescritto d'Alessandro Severo, secondo cui l'ipoteca d'un fondo non si estenderebbe nemmeno ad un altro fondo, che fosse stato comperato col ricavo de' frutti di quello: *prædia tamen quæ emuntur ex fructuum prætio ad eandem causam venire, nulli prudentium placuit* (1).

Quello che io dissi in addietro delle accessioni e pertinenze in genere applichisi pure a ciò che nella legge francese si dice *miglioramento:* le quali due idee sono nella soggetta materia eguali tra loro come il genere e la specie; epperciò con Garsia concluderemo: *ut meliorationes et augmentum factum in pignore sit, sicuti ipsum pignus, obligatum ut hypothecæ subdatur* (2).

E in fine avvertiremo che ci ha un'altra importante limitazione all'efficacia ipotecaria sulle migliorie operate dal terzo possessore, delle quali tratteremo nel § LXV.

9. Fin qui dicemmo della proprietà obbiettiva: vediamo ora dell'efficacia ipotecaria sulla proprietà subbiettiva. Nei §§ XIII, XIV e XV apparve come l'ipoteca potesse collocarsi sulla proprietà in tutte le sue gradazioni, dal titolo semplice e personale al vero dominio, dall'assoluto ed esclusivo dominio all'usufrutto.

Ora qui poniamo questa ricerca: se si fosse ipotecato un diritto di proprietà imperfetto, utile, diviso, e in seguito fosse divenuto compiuto ed assoluto, l'ipoteca starà come se la proprietà non si fosse alterata, ovvero si estenderà secondo che si è accresciuta questa base? Un'usufruttuario, diciamo a cagione d'esempio, avea costituito un'ipoteca sul diritto che

(1) Leg. 3. Cod. *in quibus. caus. pignus. tacite contrah.* Vedasi nel § LXXXII in riguardo all'impiego delle somme sborsate dalle Società d'assicurazioni dagli incendii, ove si accenna ad un provvedimento utilissimo all'efficacia ipotecaria.

(2) Garsia, *de expensis et milioration.* cap. 22, num 35.

avea sul fondo, cioè sull'usufrutto; un'utilista avea ipotecato il dominio utile; un socio la sua quota indivisa del fondo comune; poscia acquistarono il dominio pieno, o il diretto, o l'altra frazione del socio. L'ipoteca, domandasi qui, si estenderà ella sopra questi accrescimenti?

Per rispondere prudentemente dobbiamo incominciare da questa decisiva distinzione. O questo aumento della proprietà sull' identico fondo avvenne in prò di colui medesimo che ha costituita l'ipoteca, ossia del debitore e de'suoi successori universali; ovvero avvenne in prò dei terzi, vale a dire dei successori singolari del costituente.

In confronto ai primi diressimo che l'ipoteca s' estende di sua natura sopra i successivi accrescimenti della proprietà subbiettiva, e vi si estende con effetto reale a danno dei terzi, cioè dei successivi creditori ipotecarj ed acquirenti per qualunque titolo. In confronto ai secondi la conclusione nostra sarebbe diversa, non istimando noi che il successor singolare ricevendo il fondo gravato da ipoteche, che sono limitate per la limitazione originaria del dominio, abbia a soffrirne l'estensione successiva per causa dell'estensione del dominio, avvenuta dappoi a tutto suo proprio vantaggio.

Questa distinzione non fu veduta da altri, e perciò crediamo che si sieno inviluppati in una quistione senza fine. In una legge antica diceasi: ***Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus qui postea adcreverit pignori erit. Eadem causa est alluvionis*** (1). Onde s'inferiva che questo argomento si dovesse trattare a modo d'ogni altro accrescimento per accessione materiale (2). Però a noi non piace questa analogia, versando tra cose diversissime. Avvegnachè l'accessione materiale è un corollario del *jus soli*. Nel concetto di un determinato stabile sta racchiuso tutto ciò che vi si edifica o trasporta a sua perpetua destinazione. Invece la proprietà subbiettiva è un principio precedente e genetico della stessa proprietà obbiettiva; o almeno le cose materiali non sarebbero suscettive d'ipoteca senza quell'intermezzo giuridico. La proprietà subbiettiva può coesistere frazionata fra diverse persone: se le frazioni si congiungono in una sola persona, per una sintesi naturale e spontanea si dicono *proprietà*, ma questa sintesi non può far sì che un possessore che prima avea una frazione sola, avesse a perderla o ad imbarazzare il libero diritto che avea dapprima. Noi accetteremo adunque la conclusione della legge romana sovracitata nel caso che il debitore, o il suo successore universale avessero acquistato dappoi l'usufrutto. Allora solo si può dire che il debitore, acquistando l'altra frazione, ne rimane compiuto un tutto: press'a poco come avverrebbe dell'accessione. Ed allora si può dire che ipotecando il suo fondo lo avea ipotecato in quel modo più efficace che per

(1) Paolo in leg. 18 § 1. Dig. *de pign. action.*

(2) Franc. Balduin *de pignor*, cap. 10. Donell. *de pignor*. cap. 6. Pietro Müller, *in notis ad Struvium, Syntagm. jur. de pignor.* thes. 21. Voet. *in pand. de pignor*. num. 4. Grenier, *hyp.* num. 144.

lui si potea. E ben dissimo che non è il diritto formale della proprietà quel solo diritto che può essere fondamento dell'ipoteca; ma tutte le gradazioni inferiori del medesimo, non escluso fin'anco il semplice diritto personale, o la semplice apparenza del possesso. Quando il debitore disse d'ipotecare il tal fondo, era sottinteso che ciò facesse secondo la facoltà giuridica che avea di liberamente disporre del medesimo. Se dapprima questa sua facoltà era limitata, questo era solo in riguardo ai terzi compartecipi delle cosa stessa. Eliminato il diritto di costoro, si tolseno tutte le possibili eccezioni dei terzi. Nei rapporti del creditore il debitore e il suo erede o successore universale non hanno diritto di limitare l'illimitata concessione dell'ipoteca. Si dica il medesimo del caso che il debitore avesse acquistato la porzione del socio, il diritto o l'utile dominio, la proprietà nuda o l'usufrutto; coi quali acquisti non avria fatto altro che assicurare viemmeglio quel debito, che dovea, non solo assicurare, ma fin anco dimettere ed estinguere. Limitandoci per ora nel primo rapporto, in conseguenza delle cose predette rifiuteremo la conclusione di Grenier (1), nella quale convengono Troplong (2) e Mattei (3); e alla quale fu egli tratto per quella pericolosa analogia dell'accessione materiale. Accettava senza il nostro criterio distintivo la dottrina di Paolo dell'accrescimento dell'ipoteca dalla proprietà nuda all'usufrutto, per la ragione che, estinguendosi l'usufrutto rimane arricchito il diritto della proprietà; ma nel caso d'un'ipoteca costituita dall'usufruttuario che avesse poscia acquistato il nudo e quindi il pieno ed assoluto dominio, s'argomentava in questa guisa: se l'usufrutto, s'estingue: rimane estinto quel principale al quale si direbbe accessoria la nuda proprietà; rimarrebbe come accessorio la proprietà nuda; ma l'accessorio non è ipotecabile senza il principale. L'ipoteca, sembra voler conchiudere, per poter conservarsi in qualche modo ha bisogno d'impedire che l'usufrutto con questa consolidazione non si perda, e tragga a rovina la base stessa dell'ipoteca.

Ma se noi volessimo imbrigliarci in questo formalismo troveressimo assai più logica la contraria conclusione del nostro Chiesi: la quale può sembrare molto ardita, non però meno conseguente dell'altra. Poichè egli risponderebbe a Grenier, stabilendo colla legge 17 Dig. *quibus modis vel ususfructus vel usus amitt.* e coll'art. 617 del Codice Napoleone che l'usufrutto si estingue senz'altro colla consolidazione, ossia colla riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario. Quindi conclude che estinto l'usufrutto, neppur l'ipoteca rimanga.

Se non usciamo da questa analogia non sapremmo vincere questa illazione (4). Però il signor Chiesi potea mettersi su d'una strada diversa, prestando la debita attenzione a quell'avvertenza di Duranton, da esso lui

(1) Grenier, *hypoth.* num. 145 e 146.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num 555 bis.

(3) Mattei, al § 457, n. 3, Cod. civ. austr.

(4) Chiesi, *sist. ipot.* num. 571.

menzionala: che cioè se fosse vera quella sua conclusione sarebbe in arbitrio dell' usufruttuario di rendere per fatto suo illusoria la consentita ipoteca. Non basta a parer nostro d'eludere questa obbiezione distinguendo se l' usufruttuario acquisti la proprietà nuda per contratto, ovverosia per legato; perchè concedendoci che nel primo caso debba valere l' ipoteca, contraddice alla precedente dottrina, in questo che l'usufrutto si consoliderebbe colla proprietà nuda: quindi si estinguerebbe. Quella restrizione sarebbe dunque contradditoria alle premesse. Rimane perciò intatta l'obbiezione del Duranton; e comunque l'egregio giureconsulto reggiano dubiti che non sii appoggiata a ragioni intrinseche applicabili a qualunque caso, ci sia lecito di presumere il contrario, o per lo meno di raccomandarla a quel spontaneo sentimento d'equità che vuole protetto il credito, la buona fede, e la durevolezza delle contrattazioni.

Il suo raziocinio, sia detto senza nuocere alla riverenza grandissima che gli dobbiamo, pecca di puro formalismo. Poichè l'usufrutto si estingue colla consolidazione, in quanto che sopravvenendo la proprietà piena, il concetto più ampio di questo assorbe quello. L'assorbe: non però lo distrugge. L'usufruttuario ha diritto agli utili della cosa, salva la sostanza: divenuto proprietario non perde il diritto agli utili, ma viene liberato dalla limitazione che caratterizzava l'usufrutto: può cioè disporre anche della sostanza. Quindi continuando ad avere un diritto agli utili, sussiste la materia dell'usufrutto: si conserva la base dell'ipoteca.

Rifiutando noi l' argomentazione dell' analogia, trovammo più logica la conclusione negativa di Chiesi; ma questa pure è difettosa nell' analisi: dobbiamo dunque ritornare alla conclusione affermativa di Grenier per una diversa via, la quale ci dà il modo di estenderla secondo le si conviene.

Dopo la consolidazione l'ipoteca sussiste, perchè il possessore continuò ad avere il diritto agli utili del fondo. E di più dicemmo che l' ipoteca si estende a tutta la proprietà, quando la consolidazione avvenne nella persona obbligata a rispettare l' ipoteca come fatto proprio, o come successore universale del suo autore. E di questa estensione allegammo una ragione intrinseca e fondamentale alla proprietà; la quale non altrimenti si considera come materia e base dell' ipoteca, se non perchè è un sufficiente diritto a disporre della cosa: qual diritto può accrescersi e rinvigorirsi a vantaggio dell'ipoteca.

Se si tratta poi del caso che l'accrescimento del diritto subbiettivo alla cosa fosse avvenuto in vantaggio del terzo non obbligato personalmente a rispettare l' ipoteca, dicemmo che questo accrescimento non gioverà all' ipoteca: ma essa rimarrà nello stato anteriore. In questo limitato riguardo accetteremo le conclusioni di Troplong, per il quale l' usufrutto e la proprietà sarebbero due diritti distinti, due frazioni d' una medesima cosa: il diritto originario del socio continuerebbe ad essere distinto ancor dopo che questi avesse acquistata la porzione dell'altro socio: l'ipo-

teca rimarrebbe come era prima della consolidazione dell' usufrutto e prima dell'acquisto della quota indivisa (1).

Questa conclusione negativa non varrebbe però nel caso che il terzo avesse acquistata la proprietà nuda ipotecata, e dopochè si fosse consolidato l' usufrutto, perchè estinto da per sè per una causa anteriore e necessaria, come nei casi contemplati dai §§ 527-529 del Codice civile austriaco: quando cioè l' usufrutto fosse stato in origine limitato a tempo, e questo fosse decorso. In quest' emergenza l' ipoteca avria affettata una proprietà che era nuda solo per un tempo determinato, e piena dappoi; quindi il terzo possessore non poteva dire d' avere acquistato una frazione di proprietà libera dall'anteriore ipoteca.

10. L'ipoteca come diritto distinto dal diritto di dominio non impedisce sempre nel debitore il godimento e la libera disponibilità di esso (2). Ma essendo ella una limitazione del dominio, e un diritto reale sulla cosa, continua ad affettarla in qualunque mano passi il dominio del debitore (3), e conserva il suo carattere d'indivisibile quantunque la cosa fosse stata divisa e spartita per qualsiasi numero di possessori.

La prima proposizione è messa in luce da Ulpiano con questa sua regola: *quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet* (4). E la ragione è chiarissima: il debitore rimane proprietario, e come osservò il signor Chiesi, l'ipoteca non altera, nè diminuisce il dominio che ha il debitore sulla cosa ipotecata (5). Pietro Müller secondo il Diritto antico spiegò come il debitore conservasse questa disponibilità con dire, che egli può ancora esercitare le azioni vendicatorie (6), querelarsi del furto (7), trasferire in altri il dominio senza il consenso del creditore (8), e di più conservare il possesso civile (9) e il godimento dei frutti (10).

Ed eziandio la seconda proposizione deriva immediatamente dalla nozione del pegno considerato siccome un diritto reale, il quale, se non impedisce la libera disponibilità del debitore, si conserva sulla cosa in maniera che non può passare in mano altrui non altrimenti che *cum suo onere*. Ciò che dice Ulpiano nella materia della servitù si può trarre a quella dell'ipoteca: « *quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit. Si servus fuit*

(1) Tropleng. *des priv. et hyp.* num. 555 bis.

(2) Zeillar, *Comento al* § 457. n. 3. Cod. civ. aust.

(3) Winiwarter, al § 466 vol. 2. § 153 Dir. civ. civ. austr.

(4) Leg. 21. § 2. Dig. *de pignorib.*

(5) Chiesi, *sist. ipot.* vol. 1. num 12

(6) L. 25. Dig. *de rei vendication.*

(7) Leg 1. Dig. *de condictione furtica.*

(8) Leg. 12. Dig. *de distract. pignor.* leg. 14 a 15 Cod. *de pignorib.*

(9) Leg pen. § 2 Dig. *qui satisdare cogant.* leg. 36. Dig. *de acquir. possession.* leg. 16. Dig. *de usucapion.* leg. 19. § 2 a leg. 35. § 1. Dig. *de pign. action.*

(10) Leg. 1, 2, 3 Cod. *de pignor. action.* Così il citato autore *in notis* a Struvio *syntagma jur. civ.* tit. *qui potiores in pign.* thes. XXXV.

fundus, cum servitutibus transit; si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus est, cum jure servitutum debitarum transfertur. Si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet eum qui servus sit, nihil juris servitutis fundi detrahit: verumtamen obligat se, debebitque præstare quod dixit (1) ». E gli imperatori Diocleziano e Massimiano rescrissero specialmente nella soggetta materia: « *debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est* (2) ».

E così è che nell'articolo 2166 del Codice Napoleone si consacrò formalmente questo principio, in questi termini: i creditori aventi privilegio od ipoteca inscritta sopra un immobile, ancorchè passi in qualunque altro possessore, ritengono sopra di esso le loro ragioni, per essere collocati e pagati secondo l'ordine de' loro crediti o iscrizioni (3). E nella stessa definizione dell'ipoteca coll'articolo 2114 era detto che l'ipoteca resta inerente ai beni presso chiunque passino. Questi due aforismi furono tradotti nelle legislazioni italiane imitatrici della francese (4).

E nel § 443 del Codice civile generale austriaco abbiamo questa lucida dichiarazione: « colla proprietà delle cose immobili si assumono anche i pesi ad esse inerenti, inscritti nei libri pubblici. Chi non esamina questi libri è soggetto in tutti i casi alle conseguenze della sua negligenza. Altre pretensioni ed altri diritti che taluno ha contro il precedente proprietario non passano nel nuovo acquirente ».

Il cessionario d'un immobile, scrive Zeiller, è dunque garante di tutti i pesi inscritti, benchè non calcolati nella cessione e taciuti (5), e, soggiunge Nippel, anche allorquando il cedente avesse espressamente promessa la libertà di simili pesi (6).

La ricca e importante deduzione che scaturisce da questo principio sarà materia del capitolo ove parliamo dell'azione ipotecaria; ove tratteremo pure della applicazione del terzo principio circa l'individualità ipotecaria in rispetto ai diversi possessori degli stabili soggetti ad una stessa ipoteca.

Ma che diremo noi delle diminuzioni morali cagionate sul diritto di proprietà dal debitore o dal possessore dopo l'afflizione dell'ipoteca?

Quanto alle ipoteche posteriormente concesse vedremo nel § seguente come sia salvo il diritto del precedente creditore.

(1) Leg. 20 § 1 Dig. *de adqui. rer domin.* Così Paolo nella leg. 18. § 2. Dig. *de pignor. action* e leg. 29. § 2 Dig. *de pignoribus*.

(2) Nella leg. 15. Cod. *de pignorib.* E rescrissero sullo stesso tenore nelle leggi 10 Cod. *de remission. pign.* e 12. Cod. *de distract. pignoris.*

(3) Vedi Troplong *des priv. et hyp.* num. 773.

(4) Cod. Albertino, art. 2165. 2285; Cod. delle due Sicilie, art. 2030, 2060; Cod. di Parma, art. 2165, 2254; Cod. di Modena, art. 2136, 2254; Cod. del Canton Ticino, art. 1142; Motuproprio toscano sui privilegi e le ipot. art. 59; Regol. legislat. gregoriano, art. 105.

(5) Zeiller, *Comento* al § 443. n. 1. Cod. civ. austr.

(6) Nippel, al § 443. n. 1. Così anche Winiwarter, *dir. civ.* vol. 2. § 152.

Quanto alle servitù reali o personali, od alla concessione del dominio diretto od utile, niun dubbio v'ha che non tengano in confronto degli anteriori creditori ipotecarj.

Quindi egregiamente disse il consigliere Giordani, che se il debitore dopo aver ipotecata la sua piena proprietà, ne avesse alienato il dominio diretto, il creditore conserva l'ipoteca anche sopra di questo ed è preferito al direttario (1). Troplong soggiunse: se quegli che ha la proprietà, aliena l'usufrutto, questo trasferimento non potrà arrecare pregiudizio al creditore ipotecario, il quale potrà perseguitare l'usufrutto contro i terzi; perciocchè l'usufrutto è pure parte della proprietà, la quale per sè stessa è suscettiva d'ipoteca, ed essendone affetta quando era unita al dominio nudo, rimane pur ipotecata quando si disgiunge da esso e passa in potere de' terzi. Lo stesso si dee dire dell'alienazione del diritto di superficie, dell'utile dominio enfiteutico: chè in tali casi permane l'ipoteca per la realità e indivisibilità sua propria (2).

11. Nel § 340 del Codice civile si attribuisce al possessore d'un diritto reale la facoltà d'impedire le innovazioni che gli potessero arrecare qualche pericolo: quali sarebbero la costruzione d'un nuovo edifizio, d'un'opera idraulica od un'altra opera qualunque, senza che dalla parte, da cui si fanno esse eseguire, siansi osservate le cautele prescritte dal Regolamento giudiziario. E nel seguente § 342 quella disposizione si estende anche alle demolizioni d'un edifizio vecchio o di un'altra opera già esistente. Nel novero de' possessori d'un diritto reale, senza dubbio si ponno annoverare i creditori ipotecarii. Sarà ancora ad essi applicabile quella disposizione attributiva?

Conveniamo con Zeiller in ciò che il possessore dello stabile ipotecato possa con siffatte opere arrecare un grave danno a costoro, diminuendo il valore del fondo e l'entità della loro cauzione (3). Ma non sì tosto abbraccieremo la soluzione affermativa dello stesso (4), di Winiwarter (5), di Nippel (6), di Mattei (7) e di Basevi (8), quantunque essa s'avvantaggi e dell'interesse del creditore ipotecario che vorrebbe impedire le maliziose deteriorazioni del fondo, e della generalità dei termini coi quali la legge provvede al *possessore d'un diritto reale*. Imperocchè la negativa si difende collo stabilire che il proprietario ad onta delle ipoteche conserva tuttavia la libera disponibilità del fondo; e in secondo luogo coll'osservare, come la prescrizione dei suddetti paragrafi essendo

(1) Giordani illustr. al § 118. Reg. giud.

(2) Troplong. *des priv. ed. hyp* num. 776.

(3) Zeiller, *Comento* al § 340 del Cod. civ. aust.

(4) *Comento* al § 458 num. 3

(5) Winiwarter, *Dir. civ. austr.* vol. 2. § 42.

(6) Nippel al § 458 num. 2. Cod. civ. aust. e cita la disposizione espressa dell'art. 45 della legge ipotecaria di Baviera.

(7) Mattei, al § 458. n. 8, e al § 467 n. 3. Cod. civ. austr.

(8) Basevi, al § 458. Cod. civ. austr.

contenuta nel capitolo ove si tratta del possesso; al possesso solo debbasi restringere, ossia ai comproprietari, al direttario o al nudo dominio, e non ampliare nè alla servitù, nè alle ipoteche, per le quali i seguenti capitoli contengono delle speciali disposizioni (1).

Troviamo in questo caso utile partito il distinguere: o il creditore ipotecario ottenne il pignoramento giudiziale del fondo allo scopo dell'esecuzione (del che parleremo sotto il seguente § LVIII), o non l'ottenne. Se ottenne il pignoramento, il proprietario perdette il possesso del fondo che fu avocato al potere del giudice; e il creditore esecutante può quindi sottoporre a speciale amministrazione il fondo stesso, quindi può con questo mezzo impedire tutti gli arbitrii del propretario. Se ciò il debitore o meglio il terzo possessore coll'azione ipotecaria, ei potrebbe chiedere il sequestro ne' termini del § 378 del Regolamento giudiziario (2). Ma se il creditore non discese ancora in giudizio, dubito fortemente che possa impetrare dal giudice la proibizione di quelle opere, le quali, quantunque gli sieno pregiudizievoli, entrano però nel concetto della libera proprietà. S'aggiunga che difficilmente il creditore potria amminicolare l'interesse di causa, perciocchè a tutta prima, senza una perizia attendibile del valore antecedente del fondo, senza constatare il grado di sua collocazione e l'utilità che ne proviene, potria persuadere dell'urgenza di porre una limitazione alla libertà naturale e civile del proprietario. S'aggiunga ancora che è difficile constatare se le opere intraprese dal possessore debbano o no riescire a danno del fondo, perchè spesse volte si abbattono le case, si trasforma la coltura, si spiantano i boschi, per rifabbricare edifizii più lucrosi, per migliorare l'agricoltura e prosperarne la potenza produttiva. E non è poi affatto inutile l'osservare come in pratica riescirebbe di poca utilità un simile rimedio al creditore ipotecario che non ottenne il pignoramento giudiziale; perciocchè se egli agisce col processo ordinario non potria per la lentezza della procedura ottenere un immediato sospendimento delle nuvità disastrose. Ed egli non può, come vorrebbero Basevi (3) e Mattei (4), agire coi rimedii possessorii, perchè non può fondare la sua intenzione in alcun prevalente possessu nè di diritto, nè di fatto (5): come prescrivono il § 339 del Codice civile e i §§ 2 e 5 della Notificazione governativa 13 ottobre 1823.

Ed in fine questi rimedii non sarebbero sempre necessarii, per ciò che vedemmo nel § XVI come la legge attribuisca al creditore il diritto di chiedere un supplemento d'ipoteca nel caso che il valore dello stabile ipotecato fosse diminuito per colpa del possessore, in modo che non fosse

(1) In questo conveniva Nippel, nel § 343 n. 3.

(2) Zeiller dice che il Regolam. giudiz. accordi al creditore la facoltà di chiedere il sequestro.

(3) Basevi, *annotaz.* al § 458 Cod. civ. austr.

(4) Mattei, al § 458 n. 8. Cod. civ. aust.

(5) Zeiller, *comento* al § 467 Cod. civ. austr. Carozzi, *giurispr. del Cod. aust.* tom. 10. cap. 1. num 2.

più sufficiente alla garanzia del suo credito. Laonde stimiamo che la legge non avria permesso al creditore quei straordinarii rimedii del sequestro e dell'interdetto possessorio, quando egli può provvedersi altrimenti nelle vie ordinarie.

Però stimiamo che il creditore potria chiedere il sequestro della casa ipotecata, quando il debitore ne imprendesse la demolizione, ove potesse amminicolare il pericolo in cui verserebbe il suo credito *per mancanza di sufficienti mezzi di solvenza nel debitore*, come dispone il § 364 del Regolamento giudiziario. In tal caso il creditore agirebbe in quel modo stesso in cui che potria agire qualunque creditore personale, non perchè egli abbia l'ipoteca, ma perchè questa è insufficiente e sia per essere distrutta. Sarà però difficile di provare questo pericolo dell'insolvenza.

Avvertiamo infine che, siccome il creditore agirebbe come creditore personale, non potria chiedere questo sequestro contro il terzo possessore.

§ XLVII.

L'ipoteca attribuisce la prelazione ai creditori dal giorno della inscrizione o della prenotazione fatta eseguire dal creditore sui registri del conservatore, nella forma e nei modi prescritti dalla legge. Tutti i creditori inscritti e prenotati nello stesso giorno hanno fra di essi un'ipoteca della stessa data, senza distinzione fra l'inscrizione o la prenotazione fatta nel mattino e quella fatta nella sera, quantunque queste differenze fossero state indicate dal conservatore.

Argom. dagli art. 2134 *e* 2147 *del Codice civile francese;*
dai §§ 440 *e* 470 *del Codice civile austriaco.*
dai §§ 116-119 *del Regolamento giudiziario.*

SOMMARIO.

1. Della conservazione dell'ipoteca in confronto alle ipoteche posteriori. Deduzione della priorità di diritto da quella dell'inscrizione, ossia dalla realità dell'ipoteca.
2. Limitazione della prelazione temporale; ossia della prelazione in ragione di causa: quindi dei privilegi e delle ipoteche privilegiate. Classificazione delle cause loro.
3. Delle diverse forme e sistemi de' privilegi secondo le diverse legislazioni: ossia dei privilegi personali e reali, reali semplici od ipotecarj, sulle cose immobili o sulle cose mobili.

4. Prima causa de' privilegi nella limitazione della proprietà per l'utilità pubblica, ossia de' privilegi del fisco per le contribuzioni dirette ed indirette.
5. De' privilegi per utilità pubblica, suggeriti dal sentimento d'umanità.
6. Seconda causa nella limitazione della proprietà per l'utilità privata: ossia dell'ipoteca privilegiata del creditore ereditario.
7. De' privilegi del direttario e dell'utilista, dei consorzii d'acque, del vicino pei ristauri dell'edifizio pericolante.
8. Terza causa per ragione dell'utilità de' creditori: ossia delle spese necessarie ed utili fatte dopo l'aprimento del concorso.
9. Delle spese necessarie ed utili fatte prima dell'epoca suddetta.
10. Degli altri privilegi del venditore, di chi diede il danaro per la compera, e del coeredo: privilegi che non sono necessarj che dove esistono ipoteche generali sui beni futuri.
11. La prelazione in ragione di tempo ha luogo tra le ipoteche valide e di omogenea natura.
12. La prelazione ipotecaria conta dal giorno dell'inscrizione: della concorrenza fra ipoteche della stessa data e il pegno pretorio.

1. Il gius dell'ipoteca costituita secondo le richieste sue condizioni, permane in tutta la sua interezza nella successiva evoluzione degli elementi giuridici circostanti. Appena che il diritto creditorio assodato sulla novella base del credito fondiario prese la forza di diritto reale, resiste e perdura contro le avverse e concorrenti attività, e non soffre che sia distratto dal suo natural corso, cioè dal presente godimento e dalla finale ricupera del capitale accreditato.

Abbiamo veduto testè quale sia l'efficacia sua in riguardo alla proprietà fondiaria, che egli segue senza pur nuocere alla libertà del possessore, ma senza rimettere un minimo che dell'utilità sua propria. E di rimando, la libertà del possessore non gli può arrecare alcuna diminuzione, perlocchè non gli può sottrarre la materia dell'ultimo suo soddisfacimento.

Da questa osservazione generale deduciamo a modo di primo corollario: che la libertà del possessore dello stabile non può nuocere all'acquisito diritto ipotecario del suo creditore, colla concessione succedanea di altre ipoteche.

Rigorosamente attuarono questo corollario i giureconsulti romani. Poichè avendo essi definita l'ipoteca per la facoltà di vendere la cosa del debitore (1), e con questa facoltà esercitata coll'azione ipotecaria, avocandosi il possesso della cosa al creditore, il quale privatamente la vendeva e sul prezzo ritratto scontava il credito (2), nasceva di natural conseguenza che solamente il primo fra tutti i creditori ipotecarj potesse validamente esercitare tale diritto reale contro qualsiasi possessore del fondo (3); e i creditori susseguenti non lo potessero con-

(1) Leg. 5 § 2. Dig. *qui potiores*.
(2) Vedasi dell'azione ipotecaria dogli antichi sotto il vegnente § LV. num. 2.
(3) Leg. 5. Cod. *si antiquior creditor*. Papiniano, nella leg. 3, Dig. *de distract. pignor*.

tro quegli che avesse da esso lui comperato (1), se per avventura esercitato l'avessero, il fondo venduto rimaneva tuttavia soggetto all'azione possessoria del primo (2). Dal che è facile imaginare come restassero imbarazzati i compratori e i creditori tutti; i quali cercavano in qualche modo sebbene molto imperfetto, di provvedere alla indennità delle loro transazioni, pattuendo i primi che il venditore li assicurasse espressamente d'essere egli davvero il primo creditore e d'avere i privilegi alla priorità inerenti (3): pattuendo i secondi che il fondo offerto all'ipoteca dal comun debitore non fosse vincolato ad altre ipoteche; e nel caso di colposa dissimulazione del debitore affidandosi alla sanzione delle severe leggi dello stellionato (4). Posteriormente provvidero i seguenti creditori col dimettere il primo, per succedere nella sua condizione ipotecaria: *quum secundus creditor oblata priori pecunia, in locum ejus successerit, venditionem ob pecuniam solutam* (al primo creditore) *et creditam* (al debitore) *recte facit* (5). E fu permesso anche ai posteriori di agire contro lo stesso primo creditore nel caso che egli avesse ricevuto dal debitore il fondo ipotecato in pagamento del suo credito: purchè gliene offerissero il rimborso, per la ragione che presumevasi avere il primo creditore acquistato il fondo *non tam acquirendi dominii, quam servandi sui pignoris causa* (6). Tuttavia questi provvedimenti non miglioravano di molto la condizione di costoro, perchè inopinatamente poteva il primo creditore deluderne la preveggenza e privarli del beneficio della surroga o della loro ipoteca con una vendita repentina dello stabile ipotecato.

La deduzione che si facea dal diritto del primo creditore nuoceva profondamente al credito fondiario, opponendo essa una disastrosa negazione alle susseguenti ipoteche, e rendendo impossibile giuridicamente la mobilizzazione di quella parte di valor fondiario, della quale il debitore avria pur avuto ragione di disporre. Questo sacrificio delle successive ipoteche era però una necessità indeclinabile, prodotta dall'imperfetto organismo ipotecario d'allora: avvegnachè tutte le ipoteche essendo occulte, nessuna di esse poteva apparire nè ai creditori, nè agli acquirenti, e persino nemmeno agli stessi proprietarj, come veramente priore in tempo, e privilegiata in diritto. Dal che nasceva una concor-

(1) Papiniano, nella leg. 3. Dig. *de distract. pignor.* Marciano in leg. 12 § 7. Dig. *qui potiores in pign.* e leg. 1 Dig. *de distract. pign.* leg. 6 e 7 Cod. *de oblig. et action.* leg. 1. Cod. *si antiqu. credit.* leg. 6. Cod. *qui potior. in pign.*

(2) Leg. 8. Cod. *qui potiores in pignore.* Marciano, in leg. 12. in principio. Dig. *qui potiores.* leg. 17. Cod. *de distract. pignor.*

(3) Negnzant. *de pignor.* par. 3. m. 2. n. 3.

(4) Leg. 15. Dig. *de pignoribus.* leg. 16. § 1 leg. 36. § 1. Dig. *de pignor. actione*, leg. 1 et ult. Cod. *de crimin. stellionat.* De Olea *de cession. jur.* tit. 7. quæ. 2. Franc. Balduin, *de pignor.* cap. 12. in med.

(5) Marciano nella leg. 5. Dig. *de distract. pignor.* leg. 1 e 5. Cod. *de distract. pignor.* leg. 1. Cod. *si antiquior creditor.* leg. 15. § 3. Dig. *de re judicata.*

(6) Modestino in leg. 6. Dig. *de distract. pign.* De Olea, *de cession. jur.* tit. 4. quæ. 2 n. 19 e seg.

renza inconciliabile di interessi, de' quali alcuno non poteva trionfare senza l'abbattimento degli altri.

Era dunque mestieri che l'organismo ipotecario prendesse una siffatta perfezione, che a ciascun interesse offrisse la necessaria manifestazione giuridica, e colla loro pubblica professione ne guarentisse il rispettivo valore. La pubblicità delle ipoteche era una necessità sociale: un modo cioè necessario a comporre le discordanti pretese in una forma organica che rendesse praticabili le norme del giusto, la conciliazione di tutti gli interessi, la coesistenza di più ipoteche colla iniziale potenza giuridica, senza nuocere o alla libertà del proprietario-debitore, o alla indennità di chicchessia. Indi provenne che il corollario che abbiamo dedotto superiormente ricevette nel corso del naturale processo legislativo della moderna Europa quella assolutezza ed universalità, che lo elevasse alla dignità di principio giuridico: epperciò possiamo tradurlo in questa formula: colui che tra più creditori ipotecarj d' uno stesso fondo è priore in tempo, è con ciò stesso prevalente in diritto: ***qui prior in tempore potior in jure*** (1).

2. Però per quanto sia vero e generale un principio di diritto, non è nella sua attuazione affatto indipendente da estrinseche condizioni; imperciocchè nel corso dell' attività sua può patire due sorta di limitazioni: l' una nella stessa finitezza della sua natura, l' altra per l' attrito delle forze esteriori. Così è del principio della realità e prelazione temporale dell' ipoteca; la quale soffre la concorrenza di altre ipoteche, od eziandio di semplici pretese personali, quando sieno d' una natura assai più considerevole che l' ipoteca ordinaria non sia. Molte e diverse sono le specie di queste pretese; non agevole cosa il rinvenirne la deduzione razionale per la varietà loro, ed il classificarle quanto si conviene alla sicurezza dell' ulteriore deduzione. Però per ragione del nostro instituto dobbiamo provarci a soddisfare a queste ricerche.

A questo fine cominceremo ad avvertire che l' ipoteca non possa avere una virtù maggiore di quella, che appartiene alla proprietà fondiaria sulla quale risiede. La qual proprietà può avere due generi di limitazioni: l una per le naturali e necessarie esigenze economiche della ragione eminente della società, la quale non potrebbe governarsi senza che la proprietà de' cittadini non concorresse a' suoi bisogni; l' altra limitazione consiste nelle esigenze particolari della proprietà stessa nell' interesse privato della sua economia. E ci ha ancora un' altra limitazione in questo,

(1) Hotomann, in Dig. *de pignorib.* Zoesio, in pand. *qui potiores in pign.* In princip. Müller in notis a Struvio, *Syntag. jur.* thes. 27. *qui potior. in pign.* Winiwarter, *Dir. civ.* tom. 2. § 17 deducono appunto questo principio dal nostro corollario: cioè dalla realtà della più antica ipoteca. Così il Regolam. legislativo di Gregorio XVI, nell' art. 144 o 178 desunse l'anteriorità dell' ipoteca dal dì in cui essa ebbe efficacia, cioè dalla data dell' iscrizione.

che il diritto dei creditori ipotecarii, per essere esercitato, deve patire nell'attrito de' giudizii qualche perdita in ciò che devono contribuire ai mezzi, che si fossero impiegati pel miglioramento della loro condizione. Se la proprietà è limitata, l'ipoteca che vi si appoggia non può non essere sottomessa alle medesime limitazioni.

Tutte le cause derivative delle limitazioni alla realità e alla priorità delle ipoteche si possono dunque ridurre alle tre seguenti:

1.° ad una limitazione originaria comandata dalla pubblica utilità sopra la proprietà fondiaria ipotecata;

2.° ad una limitazione d'ordine privato introdotta sopra la proprietà stessa;

3.° ad una limitazione suggerita dall'utilità dei medesimi creditori ipotecarj.

Le pretese che si possono classificare in alcuna di queste categorie, in vista della loro posizione eccezionale, si dicono privilegi.

3. Secondo le diverse fasi della giurisprudenza europea variarono d'assai le forme dei privilegi creditorj, sì per riguardo ai sistemi coordinatori di essi, che per le forme loro specifiche.

Nelle origini del Diritto romano, quando non si era per anco immaginato l'ipoteca, pressochè tutti i privilegi primeggiavano le pretese creditorie personali, e non quelle che fossero confortate da pegno. » *Eos qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat* (1): salvo le spese funerarie, le quali si anticipavano a carico eziandio del pegno del locatore, siccome leggiamo in Ulpiano: *si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit: et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri* (2).

Venuta l'ipoteca e propagatasi ad uso universale, specialmente coll'introduzione delle ipoteche tacite legali, rimanevano gli antichi privilegi spogli della natural loro efficacia; perciocchè quelle, essendo reali ed assorbendo l'universo patrimonio del debitore, non lasciavano a questi poco più che la larva del nome. Meritarono perciò che si riponessero nel primiero onore, provvedendo o coll'attribuire ad essi una prevalenza reale persecutoria di tutto o parte del patrimonio del comun debitore, comunque obbligato per le anteriori ipoteche: o col fortificarli aggiungendo loro una espressa, ovvero tacita ipoteca; di maniera che acquistando la stessa efficacia reale, prevalessero alle anteriori ipoteche per la originaria loro virtù di prelazione in ragione di causa. Dal che si spiega come dopo il trovamento delle ipoteche, e quindi dopo la restaurazione dei privilegi

(1) Diocles. Massim. in leg. 9. Cod. *qui potiores.*

(2) Leg. 11. § 1. Dig. *de religios. et sumpt. funer.*

antichi, alcuni di questi trasformandosi in reali ed in ipotecarj, gli altri rimanevano nella antica nudità di privilegi personali, e aveano la prelazione di causa soltanto in riguardo ai crediti chirografarj, ossia ai diritti personali.

Epperciò volgarmente si classificarono tutti i privilegi creditorj della giurisprudenza antica a quattro gradi progressivi e distinti. Nel primo si comprendevano i privilegi aventi un' efficacia reale sopra tutte le ipoteche, fossero esse munite o sprovvedute d'ipoteca; nel secondo venivano le ipoteche; nel terzo i privilegi personali, e nel quarto le pretese chirografarie. Noi vedremo ciascuno di questi privilegi, secondo che importerà la trattazione delle rispettive classi che abbiamo instituite sulle tre cause generatrici dei medesimi.

La stessa distinzione de' privilegi reali e personali si mantenne nella legislazione austriaca; ma non egualmente nella francese o nelle legislazioni della restante Italia; nelle quali il privilegio non è altro che un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore *per essere preferito agli altri creditori anche ipotecarii* (1).

Le legislazioni moderne, s' aggiunga, introdussero questa importante modificazione alle leggi antiche; poichè distinsero i privilegi gravitanti sulle cose tutte o sopra alcun immobile, da quelli che si potessero esercitare soltanto sulla sostanza mobiliare. Questa partizione favorì i creditori ipotecarii, togliendo ad essi la concorrenza di molte pretese privilegiate: ed era una variante di quell' altro sistema delle leggi antiche, per cui gli stessi creditori ipotecarii erano favoriti coll' essere preferiti ai creditori muniti d'un semplice privilegio personale.

Laonde il nostro lavoro, che riguarda esclusivamente l'interesse del credito ipotecario, resta felicemente semplificato, limitandoci noi ad esporre e spiegare quei privilegi, che nel sistema austriaco vigente primeggiano sulle ipoteche.

Però prima di discendere alla trattazione singolare di ognuno di essi, gioverà presentare lo schematismo della classificazione dei diritti creditorii secondo la nostra e le contemporanee legislazioni.

Raguna il nostro Regolamento giudiziario tutte le pretese creditorie, rivolte sulla sostanza d'un debitore oberato, in sei distinte classi progressive, alle quali antepone una classe distinta col nome di anticlasse.

In questa anticlasse vengono: 1) le pretese di rivendicazione per parte di un terzo delle cose mobili od immobili esistenti in natura presso la massa; 2) le spese utili o necessarie e i lavori fatti per la massa con-

(1) Art. 2095 del Cod. Napoleone. Così nel Cod. Alb. art. 2130, in quello delle due Sicilie art. 1965, nel Cod. parmense art. 2125 nel Cod. del Canton Ticino art. 1172, nel Regolam. Giudiz. gregoriano art. 60, nel motuproprio toscano art. 7, e nel Codice estense art. 2118. Mourlon *examen critique des priv. de M. Troplong* n. 27, critica a ragione quella definizione, in quanto non corrisponde alla somma dei privilegi riconosciuti nel Cod. Napoleone; tra i quali ci ha anche il pegno mobile.

cursuale dopo l'aprimento del concorso; 3) i diritti daziarii per merci che si trovano nella massa, in quanto esse bastino per il loro soddisfacimento; 4) le pubbliche imposte per gli ultimi tre anni solamente (§ 116 Regol. giudiziario).

Nella prima classe vengono: 1) le spese necessarie fatte per la sepoltura del debitore; 2) i danari di ragion militare o dello stato consegnati all'oberato per causa del suo officio, e più non esistenti; 3) il vitto e il salario dei domestici dal triennio retro al concorso; 4) le pretese dei medici, chirurghi e speziali per la cura e medicine somministrate da un anno retro (§ 117 Reg. giud.). Le pretese collocate in questa classe non si devono soddisfare in preferenza dei creditori ipotecarii (§ 118 Reg. giud.). 5) le pretese dei padroni del dominio diretto che hanno verso i livellarj per gli ultimi tre anni, e che derivano appunto dal dominio diretto, solamente però in quanto possono essere soddisfatte sul fondo medesimo; 6) le pretese dei livellarj verso i padroni del diretto nella stessa proporzione del caso precedente (§ 117 Reg. giud.).

Nella seconda classe vengono i creditori muniti di pegno o d'ipoteca (§ 119 Reg. giud.).

Nella terza classe vengono i privilegi aventi priorità sui crediti chirografarii, quali sono i pupilli per quanto è loro dovuto dai tutori, le mogli per le doti, il fisco pe' crediti verso i suoi impiegati (§ 121 Reg. g. ind.).

Nella quarta classe vengono il fisco per gli altri suoi contratti, e i creditori chirografarii (§ 123 Reg. giud.).

La quinta classe comprende quegli interessi ai quali non si concede la stessa priorità concessa al capitale (§ 124 Reg. giud.)

La sesta classe accoglie l'assegnamento o gli alimenti vedovili della moglie, le donazioni, e le multe del fisco (§ 125 Reg. giud.) (1).

Nel sistema francese non si hanno che tre gradi di concorrenza, cioè i privilegi, le ipoteche e le altre pretese non munite nè di privilegio, nè d'ipoteca (2). Così pure nelle legislazioni di Piemonte (3), di Napoli (4), di Parma (5), di Toscana (6), di Romagna (7) e di Modena (8). Ma l'apparente semplicità ha generato una insanabile confusione, e nella pratica non v'ha cosa di più difficile composizione che questa materia. Imperocchè misero a fascio e fecero concorrere apparentemente, mentre non lo sono in realtà, le ipoteche che affettano solo gli immobili, coi pegni delle

(1) Altri privilegi furono concessi da leggi posteriori, che accenneremo nella trattazione speciale.

(2) Cod. Napoleone art. 2095, 2094. Vedi però alcune eccezioni in riguardo alla classe dei chirografarii, rilevate sottilmente da Mourlon, *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong*, num. 12 e seg.

(3) Cod. Alb. art. 2147, 2148.

(4) Cod. delle due Sicilie, art. 1962, 1964.

(5) Cod. di Parma, art. 2125, 2124. Notiamo sotto il § VIII. n. 1 e 10, e il § XXII, n. 1 come nel Canton Ticino ci sieno più gradi di preferenza: i privilegi, le ipoteche inscritte, gli istromenti, le polizze ec.

(6) Motuproprio toscano, art. 5.

(7) Regolam. Giudiz. gregor. art. 60.

(8) Codice estense, art. 2116 e 2117.

cose mobili (1); crearono tanti privilegi sulle cose mobili, i quali concorrono col pegni senza una provata necessità; poichè la legge non dee favorire coloro che possono coll'ordinaria prudenza essere cauti da sè medesimi, quali sono quelli per le spese di conservazione, per il prezzo della vendita delle cose mobili (2). Altri privilegi crearono o eredarono dal Diritto comune qual peste conseguente dagli antichi vizii organici della generalità e dell'occultezza dell'ipoteca, quali sono molti de' privilegi destinati sugli immobili (3), dei quali diremo in appresso.

Tant'è che la semplicità de' termini si fosse portata all'ultimo punto, e si fosse detto nell'articolo 2094 del Codice Napoleone che le cause legittime di prelazione fra i creditori siano i privilegi. Poichè, avendo i francesi annoverato tra i privilegi anche il pegno legale del locatore (4) e il pegno ordinario della cosa mobile, poteano egualmente annoverarvi le ipoteche, le quali in ultimo risultato sono pure una causa di preferenza sui crediti personali. E si saria con questo ottenuto un vantaggio; poichè i giureconsulti costretti essendo ad analizzare le specie diverse de' privilegi, avriano collocato nello stesso ordine, ossia nella classe seconda, tanto le ipoteche che il pegno ordinario o quello del locatore, e cercando la giustificazione dei privilegi della classe prima avriano indagato con maggior precisione le cause derivative di essi, cimentandone il valore in una ragione superiore, semplice ed universale a qualsiasi giurisprudenza. E con ciò non sarieno andati troppo lungi dalla tradizione romana, per non dire dal nostro Regolamento giudiziario, già divulgato sullo scorcio del secolo passato; e non avrieno omessa l'importante gradazione della terza classe, tra i creditori con pegno e con ipoteca e i chirografarii, e la successiva gradazione (6 classe) tra i chirografarii e i creditori per donazione. Onde avvenne che i giureconsulti francesi, e s'intende degli uomini valentissimi per finezza analitica e per intuito comparativo, disperarono con miserando abbattimento di porgere un criterio pratico per dirigere la concorrenza tra i privilegi generali e gli speciali, cadenti e sui mobili e sugli immobili. Felici coloro, esclama Mourlon, felici coloro i quali chiamati a risolvere questo difficile problema, hanno potuto trarre dall'energia del loro ingegno una forte e profonda convinzione, sia in un senso, sia in un altro. Per me, non ho che dubbj, e per

(1) Art. 2099 del Cod. Napoleone, art. 2155 Codice albertino, art. 1968. Codice delle due Sicilie, art. 2127 Cod. di Parma, art. 61 Regol. giud. gregoriano, art. 8 motuproprio toscano, art. 2136 Cod. estense. Così anche nel Cod. ticinese, art. 1175.

(2) Art. 2102 del Cod. Napoleone, art. 2157 Codice albertino, art. 1971 Codice delle due Sicilie, art. 2144, 2145 Cod. di Parma, art. 1184 del Cod. del Cantone Ticino, art. 77 Reg. giudiz. gregoriano, art. 19 motuproprio toscano, art. 2137 Cod. estense.

(3) Art. 2103 Cod. Napoleone, art. 2158 Cod. albertino, art. 1972 Cod. delle due Sicilie, art. 2147 Cod. di Parma, art. 1183 Cod. ticinese, art. 83 Regolam. gregoriano, art. 17 motuproprio toscano, art. 2139 Cod. modenese.

(4) Art. 2102 Cod. Napoleone, art. 2157 Cod. albertino; art. 1971 Cod. siciliano; art. 2134-2141 Cod. parmense, art. 1184 Cod. ticinese, art. 77 n. 5. Regolam. gregor., art. 19 motuproprio toscano, art. 2128-2135 del Cod. estense.

qualunque sforzo facessi, non sono mai riuscito a sbarazzarmene. Se un autore di gran nome afferma senza esitanza, dopo averne prodotto i motivi, che i privilegi generali devono vincere i privilegi speciali, io ammiro la sua contentezza, ma non ne rimango più convinto di prima. Se un altro autore di rimando, entusiasta della superiorità del sistema contrario, m'invita a seguirlo, la sua convinzione mi commuove, e tuttavia esito. Incerto e perplesso, passando a vicenda da una soluzione ad un'altra, dopo tanti sforzi, tante fatiche, tanti travagli, sono omai giunto a convincermi che la quistione non ha alcuna soluzione possibile, giuridicamente parlando (1). Se una soluzione è impossibile a così abili giureconsulti, possiamo ben conchiudere che la legge è assurda, che è un parto non vitale ed impossibile alla civile esistenza, incompatibile colla suscettività di qualunque nazione.

Ma veniamo all'analisi parziale delle singole cause.

1. La prima delle cause generatrici dei privilegi che primeggiano sulle ipoteche dissimo consistere sulla originaria ed immanente limitazione, che la ragion civile impone sulla proprietà fondiaria, per riguardo all'utilità pubblica; senza la quale la proprietà dei singoli non saria possibile nemmanco.

Codesta limitazione organica della libertà e della proprietà de' singoli cittadini cade pure sulla proprietà fondiaria, che è la materia di tutte le ipotecarie garanzie. Quantunque questo prezioso diritto sia sacro e rispettato, e sacra e rispettata sia la libertà del proprietario, e la disponibilità del suo diritto sia un canone fondamentale di tutti gli statuti civili, qualunque deduzione che si facesse da essa, (come qualsiasi deduzione giuridica) non saria senza grave inesattezza applicabile nell'attualità de' giornalieri negozii, se non fosse opportunamente temperata dalla coefficienza dei principii, che col principio proposto si compongono come la condizione al condizionalo, il contenente al contenuto.

Secondo i sistemi economici delle società moderne la proprietà fondiaria è chiamata a sostentare la cosa pubblica, ripartendo fra essa e il proprietario i suoi prodotti mediante le contribuzioni dirette; le quali costituiscono un' indeclinabile limitazione di tutte le ipoteche, e quindi una causa legittima di preferenza su di esse.

Poniamo quindi col sovracitato § 116 numero 4 del Regolamento giudiziario questo privilegio reale, primeggiante su tutte le ipoteche, *in prò delle pubbliche imposte per gli ultimi tre anni solamente*. Aggiunge la legge questa limitazione di tempo per conciliare il diritto dello Stato colla condizione giuridica della proprietà privata; sulla quale non saria prudente che s'accumulasse un debito di parecchi anni, i quali distrug-

(1) Mourlon, *Examen critique et pratique au commentaire de M. Troplong sur les privilèges*, num. 199.

gerebbe la proprietà stessa, e faria sì che divenisse, come era in altri tempi per le ipoteche tacite, un pericolo grave per chi non sospettasse quel peso gravissimo. Limitato a tre anni invece, non ispaventa per la tenuità della somma, potendo ognuno colla valutazione economica del fondo farne una preventiva deduzione (1).

Per questa stessa ragione non occorre che tali pesi siano fatti di pubblica cognizione come gli altri pesi reali, non essendo possibile che si ignori da alcuno questa condizione giuridica che è universale.

Dacchè ci furono tributi diretti ed ipoteche si concedè sempre lo stesso privilegio al fisco. Così rescriveva Antonino: *universa bona eorum qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt* (2). *Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis* (solvere) *obligata sunt* (3). E Diocleziano con Massimiano conchiudeva: *ita ut indemnitati tributorum omnibus modis consulatur* (4).

Anche le leggi francesi hanno provveduto a questa causa, ma in modo assai più mite. Avvegnachè la legge 11 brumale an. 7 (articolo 11 n. 2) accordasse al fisco un privilegio sugli immobili, ma solamente per l'anno scaduto e il corrente della contribuzione fondiaria (5). Nulla si disse nel Codice Napoleone; ma nella legge 12 novembre 1808 si favorirono le contribuzioni stesse d'un privilegio sui frutti, le ricolte, gli affitti e le rendite degli immobili soggetti alle medesime, per l'anno scaduto e il corrente. E inutile il dire che questo privilegio sia assoluto, epperciò preferito a qualunque altro (6).

Nella legge piemontese il fisco ha un privilegio per l'esazione dei tributi diretti ed indiretti, comprese le imposte comunali (articolo 2194 Codice albertino): ossia pel tributo fondiario in principale e centesimi addizionali *dell'anno corrente* e dell'antecedente, sopra gli stabili tutti del contribuente situati nel territorio dello stesso Comune, nel quale il tributo è dovuto, e sopra le ricolte, frutti, pigioni e rendite degli immobili medesimi . . . . per i diritti di gabella, insinuazione, emolumento ed altro tributo indiretto sopra que' mobili ed immobili che ne furono l'oggetto (articolo 2195 n. 2 e 3). Questi privilegi sono esenti dall'inscrizione (articolo 2204 Codice albertino).

Nel Reame di Napoli, tra i privilegi e le ipoteche riservate al fisco, quello solo delle contribuzioni dirette può esercitarsi in pregiudizio dei diritti aquistati antecedentemente dai terzi (7): e questo privilegio cade

(1) Questa disposizione della durata di soli tre anni fu confermata nella Circolare gov. lom. 2 gennajo 1846, n. 44232-4158.

(2) Leg. 1. Cod. *in quib. caus. pign.*

(3) Leg. 1 Cod. *si propter publ. pensitat.*

(4) Leg. 2. Cod. eod. tit.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 96.

(6) Troplong nello stesso luogo dice che è privilegio che cade sui mobili: ma siccome questi mobili sono pertinenza od utilità del fondo, e servono a pagare gli interessi dei capitali inscritti, così possiamo dire in ultima analisi che sia un privilegio reale fondiario, o che interessa la condizione dei creditori ipotecarii.

(7) Art. 1976 del Cod. delle due Sicilie.

solo sulle ricolte, frutti, pigioni e rendite dei beni soggetti alle contribuzioni, solo per due annate, la scaduta e la corrente (1).

Ugualmente in Romagna si concede, esente da inscrizione, un privilegio identico al fisco, ai comuni e alle provincie sui frutti, sulle risposte e sopra qualunque rendita de' beni immobili di ciascun contribuente, e sui beni stessi, pel debito derivante da tributi o tasse prediali cui sono soggetti, e sopra tutti i beni mobili ed immobili del defunto per la tassa di successione (2). Nè la legge ipotecaria di Toscana (3) è punto diversa.

Nel Cantone Ticino egualmente ha il fisco un privilegio sulla generalità de' beni per le pubbliche imposte cantonali, e solo dell' ultimo anno e del corrente: articolo 1178 num. 5 del suo Codice civile.

Nel Ducato di Modena coll'articolo 2120 del Codice estense si fè materia questo privilegio di disposizioni speciali (4).

Presso di noi il fisco ha un privilegio di rango eguale al precedente per le tasse d' arti e commercio, le quali sono parificate all' imposta prediale nei privilegi dell'esazione, secondo che abbiamo dall'articolo 22 del Decreto italico 13 giugno 1811, confermato in ciò dalla Circolare governativa lombarda 11 novembre 1831. Questo privilegio non si può così agevolmente giustificare come il precedente, atteso che la proprietà fondiaria ha nulla di comune colle arti e col commercio, perchè ne debba sopportare direttamente i pesi.

Già nell'Introduzione denunziammo l'esorbitanza di questo privilegio (5), ed esortammo il Legislatore a limitarlo, come debito personale, solamente alla sostanza mobile del debitore. Imperocchè non mai soverchie sarebbero le cure onde iscioglìere la proprietà fondiaria, già tanto travagliata dai gravosissimi censi, e ridonare al credito quella ristorante efficacia che non dev' essere impedita se non per cause indeclinabili (6).

Però nella nostra legislazione non si conoscono altri privilegi reali sugli immobili in favore del fisco, o della ragion pubblica. Invece che a Roma era privilegiata la causa *primipilare* (7), cioè i diritti che derivavano al fisco per contratti co' particolari; privilegio che primeggiava sulle anteriori ipoteche generali (8). Testè abbiamo veduto col § 117 n. 2 combinato col seguente § 118 del Regolamento giudiziario, come queste pretese presso di noi non nuocciano ai creditori ipotecarj. Il fi-

(1) Art. 1986, 1987 dello stesso Cod.

(2) Reg. giudiz. gregoriano. art. 88 n. 2. 3. art. 90, 94 e seg.

(3) Motuproprio toscano, art. 9. n. 6. art. 15, 17 n. 1 e art. 44 e 45.

(4) Chiesi *sist. ipot.* num. 61.

(5) Introduz. n. XXXI. vol. 1. pag. 85.

(6) Vedasi in proposito la bella dissertazione del Consigliere d' Appello Carlo Trolli nel Giorn. di giurispr. prat. di Venezia, anno 3. 1830, num. 25.

(7) Leg. 4 Cod. *in quib. causis pignus.* leg. 3 Cod. *de primipilo*; ossia per causa dell' annona e provvigioni militari affidate ai centurioni per la distribuzione: Calvin, *Lexicon*, V. *primipilus.* Perezio, *in Cod. de primipilo.* n. 7. Voet. *in pand. qui potiores in pignor.* num. 21.

(8) Leg. 28, 46 § 3. Dig. *de jure fisci.* leg. 8 Dig. *qui potiores in pign.* leg. 2. Cod. *in quib. caus. pign.* Baldnin, *de pign.* cap. 19 Hotoman, in Dig. *de pignor.* Voet, loco citato.

sco avea a Roma un' ipoteca generale per tutti i beni di colui col quale avesse contrattato; la quale ipoteca era privilegiata a scapito dei precedenti creditori aventi ipoteca generale, non già sui beni acquistati dal comun debitore al tempo del contratto, ma su quelli che avesse acquistato in seguito. Questo privilegio è attestato da Ulpiano: *si qui mihi obbligaverat quæ habet, habiturusque esset, cum fisco postea contraxerit: sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est: prævenit enim causam pignoris fiscus* (1).

Dove esistono ipoteche generali per convenzione, per sentenza di giudice o per legge, ivi si adottò quasi sempre questo provvedimento. Come vedremo anche in appresso di altri privilegi.

E diffatti in Francia il pubblico tesoro per le sue contrattazioni non ha alcun privilegio reale sugli immobili del contabile: ha però un' ipoteca legale e generale, la quale per riguardo ai beni immobili che il contabile possedeva prima della nomina sussiste indipendentemente dall' inscrizione a tenore degli articoli 2121 e 2134 del Codice Napoleone. La stessa ipoteca tacita è concessa sugli immobili acquistati da lui a titolo non oneroso dopo la nomina: così dispose l' articolo 6 del Decreto italico 31 ottobre 1807. Per riguardo agli immobili acquistati a titolo oneroso dai medesimi posteriormente alla loro nomina, od anche acquistati per tal titolo dalla moglie dello stesso, quand'anche fosse separata de' beni, l'ipoteca legale dev'essere inscritta entro i due mesi successivi alla registrazione dell'atto traslativo di proprietà: eccetto il caso che la moglie provasse che avesse ella fatto l' acquisto con denari proprii (articolo 3 e 5 dello stesso Decreto). Col successivo Decreto italico 12 dicembre 1812 questo privilegio fu esteso anche a danno de' contabili del tesoro della corona (2).

Il pubblico tesoro ha pure un'ipoteca legale non privilegiata, ma da inscriversi entro due mesi dal giorno della condanna per le spese in materia criminale, correzionale e di polizia sugli immobili del condannato: in seguito all'articolo 2098 del Codice Napoleone, e all'altro Decreto italico 31 ottobre 1807 (3). Questa ipoteca legale fu conservata soggetta all'inscrizione, ma senza privilegio della retrodata, negli articoli 1975 1988 e 1991 del Codice civile delle due Sicilie, negli articoli 2126, 2172 e 2186 del Codice di Parma, e negli articoli 2169 e 2196 del Codice civile del Ducato di Modena.

(1) Leg. 28. Dig. *de jure fisci.* Voet, *in pand qui potiores*, num. 24.

(2) Questo privilegio fu tenuto in corso dalle successive leggi austriache per le nomine anteriori ad esse. Vedi Circolari del Demanio 22 febbrajo 1818, 14 settembre 1820, e la Circ. del gov. lombardo 12 gennajo 1825.

(3) A questo decreto corrispondono le due leggi francesi 5 settembre 1807 e l'avviso del Consiglio di Stato 25 febbrajo 1808 citati da Grenier, *hypothèq.* num. 415 e 418, da Troplong, *des priv. et hyp.* num. 32, 77 e 78, da Mourlon, *Examen critique*, num. 51, e da Chiesi, *sist. ipot.* num. 48, 51.

Il Codice albertino rincarì gli odiosi privilegi del tesoro francese: poichè negli articoli 2194 e 2201 concesse al fisco oltre il privilegio dei tributi, anche l'ipoteca legale per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, e pei debiti de' contabili, appaltatori e subappaltatori per causa della loro amministrazione, anche per i debiti e le malversazioni dei pubblici impiegati soggetti a malleveria: però con queste differenze, che l'ipoteca per la prima causa conta dal dì dell'inscrizione, quella della seconda dev'essere inscritta entro tre mesi dal giorno della nomina o dell'acquisto (articolo 2210); e l'ipoteca della terza causa ha origine dal dì in cui sarà stata consentita la malleveria dell'impiegato sopra gli stabili indicati (articolo 2201).

Nel Regolamento ipotecario di Romagna il fisco ha la stessa ipoteca legale colla retrodata di due mesi dell' inscrizione computata dal giorno della condanna per le multe e le spese di giustizia punitiva; e l'ha la parte offesa per le reintegrazioni civili (articoli 88, 89, 99). Si concede pure un privilegio per la tassa di successione (articolo 88).

Questo stesso privilegio è concesso dalla legge ipotecaria di Toscana, che estese a tutti i diritti di passaggio della proprietà (articolo 17). Concede essa ancora un' ipoteca legale al Governo, alle Comunità e a qualunque azienda pubblica pei debiti d'amministrazione de'suoi funzionarii: ipoteca da inscriversi entro un mese dalla loro nomina (articolo 64 numero 4, art. 105).

5. Alla precedente prima causa de' privilegi superiori alle ipoteche si aggiungono dalle altre legislazioni de'privilegi, che la legge austriaca non qualifica come tali in pregiudizio de' creditori ipotecarii: tali sarebbero le spese funerarie, d'ultima malattia, i salarii de' domestici, gli ultimi alimenti dell'oberato debitore: cause queste, che si raccomandano sotto il patrocinio dell'umanità, che non permette si angustii di tanto la condizione economica del misero debitore, da impedire che gli si somministrino gli estremi soccorsi, e vivo lo si sostenti, morto se ne compongano le spoglie, così come comporta il rispetto al cittadino, e la fede ne' suoi destini immortali. E diffatti a Roma le spese funerarie otteneano una prelazione sopra gli altri crediti, per questa sapiente enunciazione di Papiniano: *propter publicam utilitatem ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem in superhabemus: quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet:* NAM SUMMAM ESSE RATIONEM, QUÆ PRO RELIGIONE FACIT (1). Eppereiò Marciano avea scritto: *impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quæ etiam creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint* (2).

(1) Leg. 43. Dig. *de religios. et sumpt. funer.*

(2) Leg. 45. Dig. eod. titulo. Matthæus, *de auctionib.* lib. 1 cap. 20 n. 1. M. Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 1, q. 17, n. 1. Pothier *in pand. qui potiores in pign.* n. 29.

La legge francese (1), la piemontese (2), la napoletana (3), la parmense (4), quella del Cantone Ticino (5), la romagnola (6), la toscana (7) e la modenese (8) conservarono questo privilegio primeggiante sulle ipoteche, e vi aggiunsero quelli delle spese dell'ultima infermità del debitore (9), dei salarii delle persone di servizio per l'anno scaduto, e per quelli dovuti per l'anno corrente (10), delle somministrazioni di sussistenze fatte al debitore ed alla sua famiglia, cioè per gli ultimi sei mesi dai venditori al minuto, come i fornaj, i macellaj e simili, e per l'ultimo anno da coloro che tengono dozzina e dai mercanti all'ingrosso (11). Questi quattro privilegi non cadono però sugli immobili, se non sono sufficienti alla loro soddisfazione i beni mobili (12).

Il Legislatore austriaco ha pure concesso a queste cause di debito un privilegio, ma limitato a' soli mobili e in modo che non pregiudichi ai creditori ipotecarii (§ 118 del Reg. giud.).

E noi crediamo più ragionevole questa disposizione. Essendochè stimiamo che questa causa dell'umanità, sia piuttosto esagerata, potendosi ben soddisfare a quelle pretese col mobigliare lasciato dal defunto o dall'oberato: ed essendo esse di poco momento, poichè ai morti ed agli infermi si provvede non in modo diverso di quello che si costuma pei proletarii, o per i disgraziati della fortuna aventi una sostanza che loro più non appartiene per le opprimenti passività sue. La carità pubblica non vien meno nè agli uni, nè agli altri. Per ciò che riguarda le piccole somministrazioni, non ci ha una ragione migliore per soddisfarle in pregiudizio de'creditori ipotecarii, i quali in ultima analisi

(1) Art. 2101, n. 2. del Cod. Nap. Grenier, *hypot.* n. 301, Troplong, *des priv. et hyp.* n. 134.

(2) Art. 2156, n. 2. Cod. alb.

(3) Art. 1970, n. 2. Cod. della due Sicilie.

(4) Art. 2129, 2134, Cod. di Parma.

(5) Art. 1178, 1180 Cod. civ. del Canton Ticino.

(6) Art. 62. n. 2. art. 64. Reg. giud. gregoriano.

(7) Art. 9. n. 2 a art. 11 motuproprio toscano.

(8) Art. 2125 n. 2. Cod. estense.

(9) Art. 2101, n. 3, Cod. Nap. Grenier. *hyp.* n. 302, Troplong. *hyp.* n. 137-141, Cod. albertino, art 2156. n. 3; Cod. delle due Sicilie, art. 1970, n. 3; Cod. di Parma, art. 2130, 2132; Cod. ticinese. art. 1178, 1181; Reg. giodiz. gregoriano art. 62, n. 3, art. 65; Motuproprio toscano, art. 9 o 12.

(10) Art. 2101, n. 4. Cod. Napoleone. Grenier, *hypot.* n. 303. Troplong. *des priv. et hyp.* n. 142, 143, art. 2156 n. 5. Codice alb., art. 1970, n. 4. Cod. delle due Sicilie, art. 2129 o 2133, Cod. di Parma, art. 1178, n. 4. Cod. del Canton Ticino, art. 62, n. 4, art. 66, Reg. giod. gregoriano, art. 9 o 13 motuproprio toscano, art. 2125, n. 4. Nell'art. 2127, Cod. estense si limita solo ad un'anno.

(11) Art. 2101 n. 5 Cod. Nap. Gronier, *hyp.* n. 304. Troplong *des priv. et hyp.* n. 144 a seg. art. 2156, n. 6, Cod. Albert., art. 1970, n. 5 Cod. napoletano, art. 2127, Cod. estenso, art. 2129 del Cod. di Parma, art. 1178 n. 6. 1182 Cod. ticineso, art. 67. Rog. giudiz. gregoriano, art. 9, 14 motuproprio toscano. A questi privilegi s' aggiunga quello delle vesti di lutto a degli alimenti necessari per dieci mesi alla vedova, secondo l' art. 2156, n. 4 del Cod albertino, Chiesi, *sist. ipot.* sub. art. 2001. vol. 1 pag. 9.

(12) Art. 2104, 2105 Cod. Napol. art. 2160 Codice albertino. art. 1973. 1974 Cod. dalle due Sicilie, art. 2148, del Cod. civ. di Parma, art. 69 Reg. giud. gregoriano, art. 1177 Cod. del Canton Ticino, art. 16 del motuproprio toscano.

sono i veri padroni della sostanza immobile dell'oberato. Così si dica dei domestici, i quali ben di rado o sono in grado, o vogliono fare a credenza: e di quel poco che rimane potrebbero pur rifarsi sulla suppellettile di casa, perchè su di essa, come su tutti i beni mobili sono privilegiati.

Egli importa assai che la causa ipotecaria sia sbarazzata da tanti inciampi, e che il Legislatore si sollevi, al di sopra dei piccoli e particolari interessi, per infondere energia al credito fondiario, che è l'anima della pubblica ricchezza.

Che diremo noi dei privilegi regalati alle mogli, le quali *suas dotes deperditas esse lugebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas?* Alle loro doti e agli aumenti dotali il pietosissimo Giustiniano avea regalato non solo l'ipoteca legale, ma un privilegio di prelazione *contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati* (1), e fin'anco contro tutti i creditori ipotecarii privilegiati (2). Ma invano descrive un quadro commovente de' dissesti economici del genere muliebre; invano adorna il suo discorso allegando tutti i meriti e le virtù di questa graziosa compagna dell'uomo: chè egli non arriva a persuadere che le carezze femminili valgano sotto l'equa lance della giustizia a distruggere i diritti acquisiti, le ipoteche anteriori, la proprietà, e il credito fondiario. Epperciò le susseguenti legislazioni più austere e più provvide rivocarono la legge del marito di Teodora: che fin'anco la pratica de' tempi antichi avea in parte derogato, come leggiamo in Fabro: *quod tamen privilegium, quoniam apertissime iniquum est, sic nostri æquissima interpretatione temperarunt, ut iis tantum noceat, qui tacitam hypothecam habent, non item illis, qui expressam, licet constitutionis verba manifestissime repugnent* (3).

6. Veniamo alla seconda causa de' privilegi, la quale fu per noi desunta dalla limitazione della proprietà fondiaria, per ragione di utilità privata. Se è limitata la proprietà, dicemmo che limitata sarà pure l'ipoteca da cui è impressa: se questo limite è costituito da un diritto che un terzo può esercitare sulla cosa, tal diritto potrà pure esercitarsi sulla cosa stessa in confronto e pregiudizio del creditore ipotecario. Questo diritto costituirebbe dunque in confronto di esso un privilegio reale.

Quali mai possono essere queste limitazioni, questi diritti, questi privilegi? Si è veduto (§ XIII) come la proprietà può essere divisa tra più persone. Ella può essere così o per società, o per divisione intrinseca sua propria nel dominio diretto ed utile, nella nuda proprietà e nell'usufrutto. Abbiamo pur veduto come sotto l'influenza di alcuni patti e condizioni la proprietà possa essere risolubile (XIV); ed abbiamo trovato come si

(1) Leg *assiduis*, Cod. *qui potior. in pignore*, e Novella 97 cap. 2 e 3.

(2) Zoesio, *qui potior.* n. 17, Glossa e Cujacc: in d. leg. *Assiduis.*

(3) Fabro, in Cod. lib. 8 tit. 8 def. 16.

possa ipotecare la proprietà futura *sibi debita* anche per un semplice titolo personale (§ XV).

Deduciamo adunque che sarà preferita quella ipoteca o quella pretesa, la quale si fonderà in questa qualsiasi limitazione del dominio ipotecato ad altri creditori. Ma può esistere una limitazione del dominio senza che essa costituisca una parte del dominio stesso, e può costituire una pretesa, la quale direttamente concorra a danno delle ipoteche come un vero privilegio reale.

La prima specie di preferenza non costituirebbe un vero privilegio, ma rappresenta l'altro termine della limitazione originaria della proprietà ipotecaria. Imperlanto sulla fine del precedente § dicemmo della limitata realità delle relative ipoteche. E siccome la priorità è l'immediato corollario della realità, non trarremo qui delle conclusioni diverse. Quindi diciamo: se due socii avessero ipotecato le rispettive quote in tempi diversi, e poscia l'uno avesse acquistato la porzione dell'altro, concorrendo sullo stesso fondo e contro questo unico possessore il creditore posteriore del primo socio e l'anteriore del secondo, tra di essi non avrebbe luogo la regola *qui prior in tempore potior in jure,* perchè sì l'uno che l'altro de' creditori veramente non concorrono, avendo la loro ipoteca una materia distinta o nelle porzioni fisiche del fondo assegnato a ciascun socio, o almeno nella porzione ideale indivisa. *Si non res eadem,* diremo con Francesco Balduino, *duobus in solidum obligetur, sed divisim et pro diversis partibus: tunc non quæritur quis prior, potiorve sit; neque ii concurrunt: sed singuli in sua parte soli sunt, et res diversæ diversis obligatæ esse intelliguntur* (1). Quindi l'anteriore creditore non saria preferito al posteriore, perchè la proprietà ad esso ipotecata era limitata alla sola quota del dominio del suo costituente. Lo stesso si dica degli altri casi consimili di più ipoteche concesse da persone aventi la comproprietà dello stesso fondo, come nel dominio diretto ed utile ecc.

Ma non omettiamo in questa categoria uno de' casi più importanti, della concorrenza cioè di un legatario avente ipoteca anteriore e di un creditore della stessa eredità, alla quale appartiene il legato, e che avesse dopo colui ottenuto un'ipoteca. Questa, comunque posteriore a quella, secondo Persil (2), Tarrible (3), Troplong (4), Carozzi (5) e Mattei (6) dovrebbe essere anteposta in grazia del principio, che i legatarii e fedecommissarii non hanno prelazione od alcun diritto sopra i beni del defunto *nisi deducto ære alieno* (7), e quindi dimesse tutte le passività inerenti. Prima di detrarre la falcidia dall'eredità volevano pur gli antichi che

(1) Balduin, *de pignor*, cap. 19.

(2) Persil, sub. art. 2121 n. 50.

(3) Tarrible, Repert. V. Inscription, hyp. § 6.

(4) Troplong, *des priv. et hyp*, num. 432 ter.

(5) Carozzi, Giurispr. del Cod. austr. tom. 10 dir. di pegno, cap. 2, n. 25.

(6) Mattei, al § 450, n. 13. Cod. civ. austr.

(7) Leg. 39, § 1, Dig. *de verbor. signific.* leg. 66, § 1, Dig. *ad leg. falcid.*

fossero detratti i debiti ereditarii: *ante enim detrahendum est quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet* (1). E lo stesso riguardo è usato nel § 783 del Codice civile austriaco nel caso che si voglia determinare il valore della legittima. E come osserva Chiesi (2) con Vinnio (3), il legato è piuttosto un'obbligazione dell'erede, che non sia veramente dell'eredità. Però questa conclusione non può essere vera in tutti i casi, ed abbisogna d'una o più distinzioni. Chiesi propone la seguente: o i creditori ereditarii hanno chiesta la separazione dell'eredità dai beni dell'erede, o non l'hanno chiesta. Se l'hanno chiesta, l'ipoteca dei legatarii non può loro arrecare verun pregiudizio. Se la trascurarono non hanno altro privilegio in di loro riguardo, e rimangono vinti dalla priorità ipotecaria di costoro (4).

Per accettare questi insegnamenti noi dobbiamo in prima far attenzione alla specialità della nostra legge. Imperocchè vedemmo nel § VIII n. 4 e 5 come fosse questa differente dalle leggi forastiere in riguardo al beneficio della separazione dell'eredità dal patrimonio dell'erede. Quindi dobbiamo piuttosto distinguere, se alcuno de' creditori ereditarii prima di inscrivere l'ottenuta ipoteca avesse lasciato che si aggiudicasse l'eredità, ovvero prima dell'aggiudicazione l'avesse inscritta, o avesse chiesta la separazione de' beni. Nella prima ipotesi diremo senza esitazione che l'ipoteca del legatario, come anteriore di tempo, dev'essere preferita a quella del creditore ereditario; perchè avendo costui lasciato succedere il nuovo proprietario sui beni del defunto ha perduto ogni diritto di indi rimoverlo, come poteva dapprima col rimedio della separazione: quindi gli lasciò che liberamente disponesse delle cose acquistate, concedesse delle ipoteche al legatario, confermasse le ipoteche concesse nel tempo intermedio dalla devoluzione dell'eredità alla sua aggiudicazione, sottostasse alle pre notazioni inflitte al suo nome come a proprietario dei beni prenotati. Il creditore ereditario per ciò, dopo l'aggiudicazione, non può vantare alcun privilegio e alcuna preferenza alla sua posteriore ipoteca. Nella seconda ipotesi diremo che il creditore ereditario siccome può impedire che l'aggiudicazione si conceda con tutti i suoi effetti, così può rendere vana l'ipoteca del legatario coll'impetrare la separazione dei beni dell'eredità da quelli dell'erede, e cercare quindi d'essere soddisfatto a preferenza del legatario stesso; perchè prima dell'aggiudicazione non può esercitare alcun diritto reale contro il creditore del defunto, al quale non possono nuocere nemmeno le ipoteche ottenute dagli altri creditori, secondo prescrive il § 822 del Codice civile.

Ma se egli non chiedesse la separazione o accontentandosi dell'ipoteca lasciasse aggiudicare l'eredità, non potrebbe neppure pretendere che la sua ipoteca fosse preferita all'ipoteca anteriore del legatario. Questa se-

(1) § ult. Institut. *de lege falcidia*. leg. 6 Cod. *ad leg. falcid.*

(2) Chiesi, *sist. ipot.* num. 652.

(3) Vinnio, *institut.* lib. 3, tit. 28, § 3.

(4) Chiesi, loc. cit.

conda proposizione non è altrettanto ovvia come la prima; però non è meno evidente. Dice il succitato § 822 che il creditore ereditario non possa colla sua ipoteca arrecare alcun pregiudizio alle pretensioni risultanti nel corso degli atti ereditarii, e possa esercitarla soltanto dopo l'aggiudicazione, ossia che la sua ipoteca *abbia effetto soltanto* da quel tempo. Fra queste pretensioni si può ben annoverare il diritto del legatario. Prima dell'aggiudicazione le ipoteche dell'uno e dell'altro non contano nel rispettivo rapporto. Però la legge dice che sono efficaci dopo l'aggiudicazione. Non dice che nascano solo d'allora, ma che d'allora in poi abbiano effetto. Si può dunque inferire che le rispettive ipoteche abbiano *l'originario effetto* dopo l'aggiudicazione. Or giova qui ricordare quel passo d'Ulpiano che allegammo nel § VIII n. 4, ove disse che se il creditore avesse avuto fiducia nell'erede, non avria potuto dappoi chiedere il beneficio della separazione: *nec possunt jam se ab eo separare qui quodammodo eum elegerunt* (1). Analoga sarebbe la nostra risposta in questo caso. Il creditore che ha tollerato che l'erede divenisse proprietario dell'eredità, accettollo come debitore unico: paragonò il proprio titolo privilegiato al titolo del legatario: l'uno e l'altro divennero egualmente creditori verso l'erede: ogni diversità originaria de' loro titoli si trasformò in una specie sola. Privato il creditore ereditario del suo privilegio, non può più opporlo al legatario, come l'avria potuto opporre se dopo la separazione avesse chiesto l'apertura del concorso: nel qual caso il legatario saria stato graduato in sesta classe (§ 125 Reg. giudiziario).

Non basta dunque che si dicesse, come parve al signor Chiesi: se il creditore ereditario avesse o non avesse chiesta la separazione. Pel § 822 del nostro Codice civile bisognerebbe che avesse realizzato il proprio diritto prima dell'aggiudicazione.

7. La proprietà ipotecata può essere limitata per sè stessa in modo che la sua limitazione risulti da un diritto, il di cui esercizio è privilegiato su tutte le ipoteche che affettano la proprietà medesima.

Il § 117 del Regolamento giudiziario pone nella prima classe, e quindi accorda la preferenza reale alle pretese che i padroni del dominio diretto hanno verso i livellarj per gli ultimi tre anni, e che derivano appunto dal dominio diretto, solamente però in quanto possono essere soddisfatte sul fondo medesimo: quali sarebbero i canoni che annualmente si prestano in ricognizione del dominio diretto, i laudemj che si pagano nei trapassi del dominio utile.

Ella è questa una limitazione inerente alla stessa natura del dominio utile; e i creditori che avessero ottenuto un ipoteca su di essa, dovendone conoscere la condizione giuridica, possono farsi un' idea anticipata di simili

(1) Leg. 1, § 1, Dig. *de separation.*

oneri, i quali perciò, per meritarsi la virtù di privilegio reale, non hanno d'uopo d'una iscrizione ipotecaria (1).

Già durante il Regno d'Italia erasi proposto il dubbio: se il direttario dovesse in esecuzione del Decreto 25 ottobre 1808 (2) fare inscrivere il suo diritto sul fondo enfiteutico, onde garantirsi la percezione dei canoni e l'integrità della convenzione in concorso dell'utilista e de'suoi creditori; e il Ministro della giustizia colla Circolare 13 giugno 1809 rescrisse che si dovessero iscrivere soltanto i privilegi e le ipoteche, che si esercitano dai terzi sopra gli immobili altrui; che il direttario ha un diritto di proprietà, e non ha bisogno d'inscriversi sopra sè medesimo; che d'altronde il Decreto 10 febbrajo 1809, tit. 3, art. 23, avendo prescritto il trasporto dei fondi enfiteutici in testa dei livellarj, coll'indicazione del vincolo reale cui vanno soggetti, provvede abbastanza contro la mala fede dei venditori, e previene con bastevole pubblicità circa la qualità enfiteutica dello stabile chiunque aspiri a farne aquisto (3).

Nello stesso § 117 del Regolamento giudiziario si attribuisce lo stesso privilegio reale all'utilista o livellario per le pretese, che pur essi potessero avere verso il padrone del diretto dominio.

Ai Consorzii delle acque fu pure attribuito un privilegio d'esazione de' contributi sui fondi couteuti, simile a quello che fu concesso alle Comuni per l'esazione delle imposte: come è dimostrato nel Decreto 2 marzo 1826 della Cancelleria aulica (4). » Fatto riflesso che i contributi dei Consorzii di acque hanno per oggetto la conservazione dei fondi compresi nel medesimo: conservazioue che interessa lo stesso creditore ipotecario; che le società consorziali, le loro spese e la sicura realizzazione dei mezzi per farvi fronte partecipano dei caratteri e degli oggetti proprii delle amministrazioni comunali; che quindi fu provvida la disposizione del Legislatore d'accordare a quelle per le loro tasse il medesimo privilegio fiscale, di cui godono queste per le loro sovrimposte: che l'obbligo dello scosso e non iscosso porta con sè la prevalenza del cassiere, o esattore rispettivo, a qualunque creditore ipotecario: mentre in caso diverso nessuno potrebbe assumere quest'obbligo; la Cancelleria aulica ha deciso che la vendita all'asta dei fondi facenti parte del comprensorio, per tasse consorziali, non sia impedita nè assoggettata ad ipoteche e vincoli anteriori, cui fossero essi fondi soggetti, e che le tasse medesime siano riscosse a termini del Regolamento 20 maggio 1806 dai rispettivi cassieri cogli stessi privilegi prescritti dalla legge per l'esazione delle imposte dirette. Nei casi però, ove a senso del § 61 della sovrana Patente 18 aprile 1816 l'esattore del Con-

(1) L'art. 83 n. 2 del Regol. legislat. gregoriano, l'art. 17 n. 7 e l'art. 44 della legge ipotecaria di Toscana accordano lo stesso privilegio al direttario senza obbligo d'iuscrizione.

(2) Vedilo riportato sotto il § XXII num. 5 vol. 1 pag. 490.

(3) È pur conforme l'altra Circolare 7 ottobre 1809 del Direttore gen. del Demanio.

(4) Pubblicata dal Governo di Milano colla Circolare 16 aprile 1826.

sorzio dovesse colpire anche i fondi del debitore posti fuori del comprensorio, saranno rispettati i vincoli ipotecarii esistenti sui medesimi. »

L'utilità di questo provvedimento legislativo nelle provincie lombardo-venete, ove l'agricoltura viene così meravigliosamente fecondata dal sistema della artificiale irrigazione, non saria mai troppo apprezzata. Per ottenere questo vantaggio economico, specialmente ove domina la piccola coltura, non saria bastata l'associazione de' proprietarii de' terreni, per ove passa il lungo corso degli acquedotti, ma bisognava attribuire all'amministrazione di questi una conveniente autorità, che presiedesse alla economia delle coutenze, e quindi avesse mano forte per costringere i proprietarj alla soddisfazione degli obblighi loro. Questa legge può mettersi a paro della legge sull'acquedotto forzato, perchè l'una fa possibile l'impianto dell'irrigazione, l'altra presiede all'amministrazione di essa.

E quantunque il preambolo del sullodato Decreto aulico faccia supporre che il diritto privilegiato del consorzio appartenga alla terza classe de' privilegi, che si fondano sulla utilità dei creditori, noi però vi riconosceremo eziandio il carattere distintivo della seconda classe, alla quale l'assegniamo: cioè crediamo che questo privilegio proceda da una limitazione reale della proprietà fondiaria stessa; la qual limitazione concerne bensì l'economia della proprietà medesima, e quindi l'accrescimento del suo valore, e l'utilità dei creditori ipotecarj: ma contiene altresì una ragion superiore, che per corrispettivo di essa utilità affetta la proprietà stessa realmente, e si eleva al di sopra di essa, perchè la subordina ad un estrinseco organismo economico, ad un'amministrazione superiore, che sopra vi pesa e la limita, quantunque con benefici effetti. Così è che le amministrazioni comunali, o il potere governativo della provincia o della nazione, limitando colle imposte prediali la proprietà de' privati giovano ad esse colla protezione civile, coll'utile della pubblica amministrazione; ma nello stesso tempo in virtù del potere e della forza del loro organismo superiore, limitano la proprietà, e la libertà del proprietario.

Questo privilegio si può solo esercitare sui fondi esistenti nel comprensorio del consorzio, e non già sui forensi. Tale è l'espresso tenore delle ultime parole del citato aulico Decreto. Ed in quanto è privilegio, non ha bisogno d'iscrizione, perchè può essere abbastanza notoria la sua esistenza.

Un'altro privilegio, che avria radice nella limitazione della proprietà fondiaria per causa dell'utilità privata, è quello del vicino che ha restaurato col proprio l'edifizio ipotecato, per istornare dal suo fondo l'imminente pericolo di ruina. E ciò che si dice del vicino, che avesse restaurato senza opposizione del proprietario, si dica *a fortiori*, dell'autorità politica che avesse fatto fare quei restauri. La ragione di questo privilegio è ovvia; perchè il vicino, o l'autorità politica, possono ovviare all'imminente pericolo d'una casa minacciante ruina, costringendo il proprietario alle riparazioni o facendola restaurare essi medesimi a carico di qualsiasi possessore di essa: quindi il loro diritto è realissimo, poichè esercitabile direttamente sulla casa senza riguardo a chicchesia, e, come insegna Hotoman, *vici-*

nus priorem quemque missum in possessionem expellere potest, si damni infecti non caveatur; e il creditore ipotecario, per potere esercitare il suo diritto, *sumptus refectionis offerre debet* (1).

Questa ragione ci esentua dal confutare, come assolutamente erronea, l'opinione di Nippel (2); il quale insegna che questo privilegio sia fondato sulla dispositiva del § 1037 del Codice civile, e quindi sulla causa terza di tutti i privilegi, cioè sull'utilità de'creditori, e conchiude potere il vicino essere privilegiato per quelle spese di ristauro solamente, che avessero procacciato ai creditori un manifesto e prevalente vantaggio. È inutile il ripetere che non è già il vantaggio del proprietario o dei creditori, ma l'indennità del vicino, o la salute pubblica, che prestano il fondamento al privilegio in discorso (3).

8. La terza causa generatrice de' privilegi, che non abbiamo ancora esaminati, è quella che dicemmo consistere sulla utilità dei creditori ipotecarj. Quelle pretese saranno privilegiate, le quali tendessero al rimborso di ciò che si fosse speso per l'interesse dei creditori, ossia per procacciare ad essi un utile, o per allontanare un danno. Un terzo può pretendere un siffatto rimborso nel caso di mandato espresso o tacito, o nella *negotiorum gestio.*

Imperocchè colui che fa l'affare d'un altro per comissione sua, ovvero se questi lo approva o ne approfitta, o ne avvantaggia in genere col risparmiare una spesa, alla quale saria stato obbligato, o in qualsiasi modo necessitato, ha per legge il diritto di chiedere da esso lui il rimborso delle sue anticipazioni. Tale è la dottrina dei § § 1014, 1016, 1036, 1037 e 1042 del Codice civile austriaco (4).

Vi sono degli atti, osserva Troplong, che favoriscono l'interesse di tutti i creditori, sia facilitando la conversione della cosa ipotecata in danaro distribuibile tra i creditori, sia conservando il pegno comune minacciato di perdita o di deterioramento. Epperciò coloro che furono avvantaggiati da simili cure, non possono contestare la preminenza a chi le avesse prodigate (5). A questo modo nasce un privilegio che primeggia su tutte le ipoteche, e ottiene l'effetto d'un privilegio reale, non perchè sia proprio un diritto reale, ma per questa ragione pratica che ritorna efficace nei rapporti personali tra colui che anticipò queste cure e queste spese, e i creditori, ossia coloro che ne avvantaggiarono.

Varie sono le pretese che vengono in questa categoria. Avanti tutti i creditori ottengono un'assoluta prelazione, secondo il § 116 del Regolamente giudiziario, *quelli che dopo aperto il concorso avranno fatto*

(1) Hotoman, in Dig. *qui potiores in pign.*

(2) Nippel, *comento* al § 343, n. 5 Cod. civ. austr.

(3) Vedasi trattato questo argomento sotto il § VIII, num. 8 vol. 1 pag. 181.

(4) Ai quali corrispondono gli art. 1375, 1381, 1999 e 2000 del Cod. Napoleone.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 59.

qualche spesa utile o necessaria, o lavoro per la massa de' creditori, come per esempio il patrocinatore o l'amministratore di essa.

In questa specie di anticipazioni si comprendono dunque le spese giudiziali e le spese d'amministrazione della sostanza caduta in concorso. Ma l'espressione della legge circa le spese fatte *dopo aperto il concorso*, non si deve prendere alla lettera, in modo da escludere quelle spese che si fossero fatte prima dell'apertura, per pratiche che avessero condotto all'apertura stessa: voglio dire le spese giudiziali, di suggellamento, d'inventario, di stima, di deputazione d'un curatore ad un assente o ad una eredità giacente, ed altre che si fossero fatte prima che il curatore stesso, o l'erede beneficiario, o i creditori avessero eccitato il concorso sui beni del defunto (1).

In computatione patrimonii, avrebbero risposto gli antichi, *damus ei licentiam excipere et retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit se persolvisse.* (2).

Questa interpretazione estensiva è giustificata dal principio che informa questa terza categoria: che cioè quelle spese sieno state fatte per l'utilità de' creditori, ai quali era necessario che l'eredità fosse amministrata e conservata, e si fosse conosciuto se sufficiente o no a soddisfare a tutte le passività inerenti.

La legge dice che queste spese privilegiate devono essere fatte per la massa dei creditori. Restano quindi escluse quelle che ciascun creditore facesse per conto particolare: poichè queste tutt'al più formerebbero un'accessorio del suo capitale, e sarebbero ricuperate al grado del capitale, se inscritte con esso (3). E diffatti il § 138 del Regolamento giudiziario ne esclude la prelevazione.

Questo privilegio delle spese giudiziali è pure riconosciuto come tale e nella legislazione francese (4), e nelle legislazioni italiane (5); nelle quali sussiste senza inscrizione (6).

Nel novero di queste spese giudiziali si possono addurre quelle del patrocinatore della massa, se trattasi del concorso generale de' creditori, ed in riguardo all'espropriazione dello stabile ipotecato comprendonsi le spese del pignoramento, della stima, della subasta, della graduatoria e del riparto del prezzo, e quelle di cancellazione delle ipoteche esistenti,

(1) Queste spese sono annoverate tralle spese giudiziali privilegiate da Grenier *hyp.* num. 300, Tarrible, *Repert.* v. *Privilège de créance*, sect. 3 § 1 n. 2, Troplong. *des priv. et hyp.* n. 122, 124, 130, 131, Chiesi *sist. ipot.* num. 92.

(2) Leg. 22 § 9 Cod. *de jure deliberandi.*

(3) Chiesi, *sist. ipot.* num. 90 e 91. Così è disposto nell'art. 2129 del Cod. parmense, nell'art. 63 del Reg. gregor. e nell'art. 2124 del Cod. di Modena.

(4) Art. 2101 Cod. Nap.

(5) Art. 2156 Cod. albert., art. 1970 Cod. napoletano, art. 2130 Cod. di Parma, art. 1178 n. 1, e 1179 Cod. ticinese, art. 62, n. 1, art. 63 Regol. legisl. gregoriano, art. 9 n. 1, art. 10 e 17 n. 4 motuproprio toscano, art. 2124 Cod. modenese.

(6) Art. 2107 Cod. Nap., art. 2204 Cod. albert., art. 1993 Cod. napoletano, art. 2150 Cod. parmense, art. 2147 Cod. estense.

ove ad esse non sia tenuto specialmente il creditore ipotecario: come vedremo più dettaglialamente sotto il § LXXVI del seguente Capo 3.

Il secondo privilegio è quello che proviene dalle spese d'amministrazione della sostanza dell'oberato. Tutti i creditori d'un fallito, scrive Troplong, sono interessati a ciò che un'amministrazione vigilante conservi il meglio possibile i pegni, che sono destinati al loro soddisfacimento (1).

Ma la deduzione esatta del principio, che sono privilegiale le spese necessarie od utili ai creditori, importa che tal privilegio non possa offendere se non che quei creditori, pei quali riescirono veramente necessarie od utili. Che se al contrario si trovasse alcuno di essi che non partecipasse di tale necessità od utilità, egli non potria essere costretto a sopportarne la concorrenza (2). Tali sarebbero come dissimo le spese per la insinuazione e la liquidazione dei crediti di ciascun creditore. Tali pur sarebbero le spese dell'amministrazione di tutta la sostanza dell'oberato in riguardo al creditore avente ipoteca su di uno di più stabili caduti nel concorso. Tuttavia questo secondo corollario è assai dubbio; perchè da una parte si può dire che la legge del § 116 del Regolamento giudiziario non indica in qual modo, su quale sostanza, e a carico di qual creditore si debba fare questa prelevazione; e dall'altra si può opporre, che nel silenzio della legge non può essere lecito di offendere quel principio dal quale deriva e si giustifica questa specie di privilegi. Ond'è che raccomanda il signor Degli Sforza (3), che l'amministratore debba tenere un conto separato delle spese proprie a ciascuna specie di beni mobili ed immobili: e quelle, che non fossero particolari o all'una o all'altra, dividesse e ripartisse in proporzione del rispettivo valore. Indi prelevasse tutte le quote dal valore ricavato da ciascun bene, e la somma residua lasciasse alla soddisfazione dei crediti secondo l'ordine della classificazione. Noi crediamo preferibile questa seconda opinione.

Queste spese dopo essere ripartite in questo modo, devono essere *prededotte*, e non spartite e accollate a ciascun creditore in proporzione dei loro crediti: come decise una Pretura con decreto 15 luglio 1845, n. 3313, confermato dall'Appello lombardo col decreto 10 ottobre 1845 n. 11741 (4). Imperocchè se può valere e l'analogia vicinissima delle leggi, e il concetto di qualunque privilegio, diressimo che nessun creditore posteriore è obbligato a pagare del proprio, in proporzione del rispettivo credito, un creditore privilegiato e preferito al suo. Il § ultimo della Notificazione 27 ottobre 1820 (nostro § LXXVI), regolando il giudizio d'ordine e distribuzione del prezzo di uno stabile esecutato, dice espressamente che le spese occorrenti saranno prededotte dal prezzo del

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 129.

(2) Troplong, ibidem. Mourlon, *Examen critique de Troplong*, num. 39 pag. 89, Chiesi, *sist. ipot.* num. 95.

(3) Degli Sforza, *del dir. di pegno*, cap. *del concorso*, § 17 pag. 707.

(4) Gazzetta dei Tribun. di Milano, an. 4. 1854. num. 109, 110.

fondo. Quindi un creditore ipotecario, cui rimanesse qualche utilità sul prezzo del fondo ipotecato dopo prededotte le spese del giudizio e dell'amministrazione, non dovrebbe essere escluso dall'utilità del suo diritto reale. Ed è per questo motivo che il § 148 del Regolamento giudiziario ingiunge all'amministratore del concorso di dimettere prima del riparto quei creditori, ai quali incontrastabilmente compete un diritto di priorità. La legge suppone dunque ed evidentemente, che le spese si paghino sulle attività del concorso, e non a carico de' creditori che hanno una commoda posizione ipotecaria.

9. Apparterrebbero a questa terza categoria tutte le spese necessarie ed utili, fatte anche prima dell'apertura del concorso o del sequestro per l'espropriazione parziale del fondo ipotecato, da parte di persona che non fosse in proprio obbligata ad esse, ma che concernessero l' utilità dei creditori ipotecarj. Tali sarebbero le migliorie praticate dal terzo possessore, delle quali ci riserviamo di trattare, come a luogo apposito, nel § LXV.

E qui cesserebbe la enumerazione dei privilegi acconsentiti dalla legislazione austriaca vigente presso di noi.

Però prima di chiudere questo soggetto, stimiamo utile di passare in sommaria rivista gli altri privilegi concessi dall'antica o dalle estere legislazioni: come quelle che interessano la storia delle variazioni legislative, e fanno meglio apprezzare la bontà relativa del nostro sistema.

Le leggi romane aveano conceduto un privilegio a colui che avesse somministrato il denaro necessario per le opere di conservazione della cosa ipotecata (1), perchè, come stabilisce Ulpiano, *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* (2). Disputarono i giuristi se questo privilegio fosse concesso immediatamente come reale, ovvero se il creditore non avesse che un privilegio personale, e per farlo reale, avesse dovuto costituire una ipoteca speciale, e quindi con essa ottenere una ipoteca privilegiata (3). Tuttavia si poteva rispondere, che bisognava ammettere che tal privilegio fosse reale, anche senza ipoteca: perchè se fosse stato personale ed efficace solamente in confronto dei chirografarj, Ulpiano che 'l concedeva, avria veduto che concedeva un privilegio contro persone, cui le spese del terzo non giovavano, e che nol concedeva contro gli ipotecarj, che soli avevano avvantaggiato. Più vera è perciò l'opinione di Neguzanzio (4), di Struvio (5) e di Donneau (6); i quali disse-

(1) Ulpiano, nella leg. 5, 6, § 1 e § fin. Dig. *qui potiores in pignore*, nella leg. 25 Dig. *de reb. creditis*, nella leg. 1. Dig. *de cessione bonor.* e nella leg. 24 § 1. Dig. *de rebus auctor. jud. possid.*

(2) In d. l. 6 Dig. *qui potiores.*

(3) Sostengono quest'ultima opinione: Pothier, *pand. qui potiores.* n. 26, Cujacc. *Respons. Papin*; lib. 10 in leg. 1. *in quib. caus. pign.*, Vinnio *select. quæst.* lib, 2 cap. 4, Fabro, *in Cod.* lib. 8. tit. 7 def. 10, Richeri vol. 9. § 1475, Carozzi, *Giurispr.* tom. 10, cap. 2 n. 29.

(4) Neguzani, *de pignor*, par. 5, m. 2, n. 15.

(5) Struvio, *Syntagm. jur. qui potior.* th. 23.

(6) Donnel. *de pignor.* cap. 12.

ro bastare all'ottenimento di questo privilegio reale, che il terzo avesse espressamente mutuato il danaro, al preciso scopo che la cosa ipotecata si conservasse. S'aggiunga poi che non si potrebbe agevolmente concepire nel caso che si fosse richiesta la costituzione di un pegno o di una ipoteca speciale, che nelle leggi relative, che son parecchie, non se ne fosse fatto alcun cenno (1).

La legge francese conservò questo privilegio:

1.° In prò degli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operai impiegati nella fabbrica, ricostruzione e riparazione di edifizii, canali, od altra opera, purchè mediante perito deputato *ex officio* dal tribunale di prima istanza, nella cui giurisdizione sono situati gli edifizii, siasi preventivamente steso processo verbale, ad oggetto di comprovare lo stato dei luoghi relativamente ai lavori, rapporto ai quali il proprietario avrà dichiarata l'intenzione che si dovessero fare, e che i lavori siano stati verificati da un perito egualmente nominato *ex officio* entro sei mesi al più della loro ultimazione. L'ammontare però del credito privilegiato non può eccedere il valore comprovato col secondo processo verbale, e si riduce al maggior valore che ha lo stabile privilegiato al tempo dell'alienazione e che deriva dai lavori fatti al medesimo (2).

2.° In prò di quelli che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operai, purchè un tale impiego venga comprovato autenticamente coll'atto d'imprestito e con la quitanza degli operaj che fossero stati pagati col danaro imprestato a tal uopo (3).

L'uno o l'altro di questi privilegi mediante la doppia iscrizione fatta del processo verbale comprovante lo stato dei luoghi, e del processo verbale di verificazione, si conservano dalla data dell'inscrizione del primo processo verbale (4).

La legislazione piemontese (5), la napoletana (6), la parmense (7), la romagnola (8) e la toscana (9) adottarono nella identica forma questi importanti privilegi. Anche la legislazione ticinese l'adottò, ma senza obbligo speciale dell'inscrizione (10).

La legge austriaca e la modenese (11) tacciono in questo riguardo: quindi li escludono. Eppure meritano una seria considerazione in questo, che non nuocendo ai creditori ipotecarj, giovano mirabilmente al progresso dell'agricoltura e al decoro dell'edilizia civica (12). Non nuociono ai

(1) Oltre le succitate leggi d'Ulpiano vedasi Marciano nella leg. 34. Dig. *de rebus auct. jud. possid.* Papiniano, della leg. 1 Dig. *in quib. caus. pign.* Paolo, nella leg. 26 Dig. *de reb. auctor. jud. possid.*

(2) Art. 2103, Cod. n. 4 Nap.

(3) Art. 2103, n. 5 Cod. Nap.

(4) Art. 2110, Cod. Nap.

(5) Art. 2158 n. 4 e 4 e 2207 Cod. albert.

(6) Art. 1972 n. 4, 5, art. 1996 Cod. napol.

(7) art. 2147 e 2154 del Cod. di Parma.

(8) Art. 83 n. 4 art. 84 e 93 Regol. legisl. gregoriano.

(9) Art. 17, n. 2 e 3, art. 37, 38, leg. ipot. toscana.

(10) Art. 1132, 1185 del Cod. del Cantone Ticino.

(11) Chiesi, *sist. ipot.* n. 347.

(12) Grenier, *hyp.* num. 409.

creditori ipotecarj inscritti anteriormente, perchè ad essi si conserva l'efficacia della loro ipoteca sul valore del fondo o dell'edifizio non migliorato. Giovano alla causa pubblica dell'agricoltura, perchè s'invitano i capitalisti a somministrare i mezzi necessarii pei dissodamenti di terreno, per la costruzione degli acquedotti, degli edifizii di colonia, e d'industria rurale: giovano al decoro delle città per la manutenzione ed ampliazione delle case, e degli stabilimenti manifatturieri.

10. Altri privilegi si imaginarono dalle altre legislazioni, i quali furono abrogati dalla legge austriaca. E fu ben questo uno de'migliori frutti che raccogliemmo dall' avere essa adottato nella massima sincerità il principio, che tutte le ipoteche dovessero essere pubbliche e speciali.

Imperciocchè, in qualunque sistema ipotecario si conceda che un'ipoteca con una sola iscrizione, od anche senza di essa, affetti i beni futuri del debitore dalla data della originaria sua costituzione, è pur giuoco forza che si provveda alla indennità di alcune estranee persone, le quali contraendo con siffatto debitore resterebbero sorprese ed accalappiate nell'agguato di quelle esorbitanti ed irrazionali ipoteche; essendochè con esse avendo il debitore vincolato non solo tutte le attuali facoltà, ma fin' anco quelle che gli pervenissero in seguito, ha abdicato alla connaturale sua libertà di proprietario; cosicchè nelle successive contrattazioni non potrebbe più, ne' beni allora o acquistati o posseduti, porgere al contraenti quelle corrispondenti utilità, che in qualunque commercio giuridico si richiedono.

Viddimo nell'Introduzione come la romana (1), la francese (2), l' albertina (3), la siciliana (4), la parmense (5), la papale (6), la toscana (7) e la modenese (8) legislazione eredassero dal Diritto romano quella specie esosa d' ipoteche. Dovettero adunque accreditare i seguenti privilegi. Colui che avesse prestato danaro al debitore, perchè acquistasse un fondo, se convenuto avesse (9) una speciale ipoteca sul fondo acquistato (10), ed avesse provato che l' acquisto fu fatto col suddetto suo danaro, otteneva un'ipoteca privilegiata e poziore a tutte le precedenti ipoteche ge-

(1) Introduzione, num. VI vol. 1. pag. 18.

(2) Introduzione, num. XXI pag. 54.

(3) Art. 2176 per le ipoteche legali, art. 2183 per le giudiziali, art. 2197, 2215 del Cod. albertino.

(4) Art. 2007, 2008, 2009, 2042, 2047 del Cod. delle due Sicilie; ove parimenti si fanno generali sui beni presenti o futuri le ipoteche legali e giudiziali.

(5) Art. 2171, 2172, 2177, 2183 e 2193 del Cod di Parma per le ipoteche legali, giudiziali e convenzionali.

(6) Art. 108 Reg. legisl. gregor.

(7) Motuproprio toscano, art. 65; ma solo quanto all' ipoteca legale.

(8) Cod. estense, art. 2162, 2172, 2183 per le ipoteche legali e convenzionali.

(9) I pupilli non avevano bisogno di questa convenzione espressa; essi aveano in questo caso un' ipoteca tacita, leg. 7 Dig. *qui potior. in pign.* leg. 3. Dig *de rebus eorum qui sub tutela.* leg. penult. *de servo pignori dato.*

(10) Negusanzio, *de pignor.* par. 5. m. 2, n. 17, Hotoman, *in Dig. in quibus caus. pign. tacit.* ed il titolo *qui potiores in pignore*, Fabro, *in Cod.* lib. 8 tit. 8 def. 10.

nerali (1). *Licet iisdem pignoribus, multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores: tamen* (rescriveano gli imperatori Diocleziano e Massimiano) *eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obbligatum statim convenit, omnibus anteferri Juris auctoritate declaratur* (2). L'antecessore di Voet mostra nettamente la ragione di questo privilegio con quest' osservazione: *posset videri non esse illi prelationem ex eo, quod generalis hypoteca contineat etiam res futuras ac traditas debitori, continuo afficiat hoc ipso quo traduntur . . . . Verius tamen, hoc casu prædictam specialem hypothecam licet posteriorem, esse potiorem generali priori, citra injuriam eorum, qui generalem habent, cum eis nihil juris auferatur: res enim ista aliter in bonis debitoris non erat futura, quam cum prædicto pacto* (3).

Questo patto d' ipoteca privilegiata espressa continuò ad avere efficacia ne' tempi posteriori (4), finchè si converti in Francia in un' ipoteca legale privilegiata, non abbisognevole d'alcuna convenzione; e fu modulata dal Codice Napoleone nell'articolo 2103, n. 2 in questa guisa: cioè in favore di quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile, purchè sia comprovato autenticamente con l' atto d' imprestito, che la somma era destinata a tal impiego, e con la ricevuta del venditore, che il pagamento del prezzo dell' immobile sia stata fatta col danaro imprestato (5). Questo privilegio però è sottomesso all'inscrizione come diremo in appresso.

Le leggi romane non aveano introdotto questo privilegio in prò del venditore; ma riteneano che, se non avesse questi ancora consegnato lo stabile, potea trattenerne il possesso *pignoris loco*: finchè gli fosse pagata tutta la somma convenuta. La qual cosa succede pure da noi; perchè secondo il § 1052 del Codice civile austriaco il permutante o il compratore, il quale pretende la tradizione della cosa, deve o aver già soddisfatto all' obbligo suo, od essere pronto a soddisfarvi. Se però il venditore avesse rilasciata la cosa all' acquirente, per le leggi romane conservava una semplice azione personale per il credito del prezzo: *res ibat in creditum;* e non avea, come non ha pure da noi, alcuna ipoteca nè legale, nè privilegiata; *nam si quod damnum patiatur venditor, id suæ imputet facilitati,* diremo con Neguzanzio (6). Ed è pur detto nel § 1063 del Codice civile austriaco, che se il venditore consegna al compratore la cosa senza

(1) Questo e l' anteriore privilegio erano superati da quello competente alla moglie, Mantica, *de tacit. et ambig.* lib. XI tit. 23 n. 7.

(2) Leg. 7. Cod. *qui potiores in pignore.*

(3) Zoesio, *in pand. qui potiores in pignore,* num. 11. Fabro *in Cod.* lib. 8, tit. 8, def. 10.

(4) Come appare dagli autori sopra citati.

(5) Privilegio conservato dalle seguenti legislazioni, nel Cod. Albertino, art. 2158 n. 4, nel Cod. estense art. 2139 n. 2, nel Cod. parmense, art. 2147, 2176, nel Cod. ticinese, art. 1152, 1185, nel Regol. legisl. gregoriano, art. 86, nel motuproprio toscano, art. 17 n. 6, Troplong, *des priv. et hyp.* num. 227-235, Mourlon *critique au comentaire de M. Troplong sur les privilèges.* num. 167 et suiv. Chiosi, *sist. ipot.* num. 318-327.

(6) Neguzant, *de pignor*: par. 3, mem. 2,

riceverne il prezzo, la cosa è venduta a credito, e la proprietà di essa passa immediatamente nel compratore. Queste prescrizioni tengono strettamente ai principii generali regolatori della proprietà nel momento del suo passaggio dall' uno all'altro cittadino; i quali principii furono per noi sviluppati nel luogo, ove parlammo della tradizione (§ XIII), come informanti l' esteriorità di qualunque diritto reale. E nel mentre ivi dissimo che il titolo per sè stesso non basta a trasferire la proprietà, dicemmo pure che la tradiziono per sè costituisca un criterio presuntivo della traslazione irrevocabile della proprietà stessa; la quale se fosse poi accagionata da un apposito titolo, che sia incondizionato, diviene un criterio indubitabile della compiuta traslazione della proprietà medesima in confronto ai terzi.

Cionompertanto l' avere i francesi tollerato l' ipoteca generale fece si, che questi principii radicali ricevessero una grave offesa, rendendosi necessario al venditore, e in genere a chi trasferisce in altri la sua proprietà, e voglia assicurarsi il rimborso del pattuito corrispettivo, di avere un' ipoteca sul fondo alienato, perchè questa, anche inscrivendosi nello stesso giorno della vendita, sarebbe stata prevenuta dall' anteriore ipoteca generale, ed insieme di avere un' ipoteca privilegiata sull' immobile venduto sopra tutte le precedenti: come gli fu difatti concessa coll' art. 2103 n. 1 del Codice Napoleone, e in tutte le leggi ipotecarie italiane modellate sulla francese (1). Gli è però vero che questo privilegio, come il precedente di colui che avesse somministrato il danaro per la compera, deve essere inscritto colle modalità formulate nell'art. 2106 e 2108 dello stesso Codice francese, cioè mediante la trascrizione del titolo che ha trasferita la proprietà nel compratore, e dal qual titolo si provi essergli dovuto il prezzo in tutto o in parte. Per tale effetto la trascrizione del contratto fatta dal compratore tiene luogo d'inscrizione per il venditore e per quello che ha somministrato il danaro pagato; il quale in forza del medesimo contratto subentra nelle ragioni del venditore. E di più il conservatore delle ipoteche è tenuto, sotto pena di tutti i danni e gli interessi verso i terzi, di fare *ex officio* l' inscrizione nel suo registro dei crediti risultanti dall' atto d' alienazione, tanto in favore del venditore, quanto di coloro da cui si ò somministrato il danaro, i quali possono pure far seguire la trascrizione del contratto di vendita, ove non fosse stata

nom. 4 e 9, Zoesio, *in pand. qui potior.* n. 12., leg. 23, Dig. *de hered. vel act. vend.*; leg. 13, § 8, Dig. *de action. empt.*, leg. 31, § 8, Dig. *de ædilit. ædict.*, leg. 14, § 1, Dig. *de furtis.*, leg. 5, § 18, Dig. *de tributor. action.*, leg. 12. Cod. *de rei vindical.*, leg. 12, Cod. *de contrah. empt.*, leg. 6, Cod. *de action. empt. et vendit.* Institut. *de rer. division.* § *venditæ vero.* 41.

(1) A quest' articolo corrispondono gli art. 2158, n. 2, Cod. albertino, art. 1972, n. 1, Cod. delle due Sicilie, art. 2147, e 2176, Cod. parmense, art. 1152, o 1185, del Cod. ticinese, art. 83, n. 3, art. 85, Regol. legisl. gregor., art. 17, n. 5 motupr. toscano, art. 2139, 1, Cod. estense. Vedi in riguardo a questo privilegio Grenier, *hypoth.* num. 296, 299, 399, Troplong, *des priv. et hyp.* n. 79, 187, 215, 276. Mourlon, *examen critiq.* num. 147 e segg. Chiesi, *sist. ipot.* num. 298-317.

fatta, affine di acquistare l'inscrizione di quanto resta loro dovuto sul prezzo (1).

Però in questa legge francese e nelle italiane, ad eccezione della parmense (2) e della piemontese (3), non si prescrive alcun termine, nel quale questa inserizione si dovesse praticare con effetto legale. Onde può avvenire che questo privilegio rimarrebbe occulto, finchè piacesse al venditore e al compratore di conservarlo. » Può imaginarsi, diremo colle parole di Chiesi, può imaginarsi sistema più fallace e dannoso di questo? Vuole la legge che i privilegi sopra gli immobili non abbiano effetto fra i creditori, se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione sui registri del conservatore, e poi dispensa dalla inscrizione il venditore, dichiarando che terrà luogo per lui d'inscrizione la trascrizione del contratto fatta dal compratore. Ma essendo sotto il Codice Napoleone la trascrizione una formalità libera e volontaria, che il compratore può compiere quando più gli piace, ed anche dopo un lungo corso d'anni dal suo contratto, il dichiarare che la trascrizione fatta dal compratore terrà luogo d'inscrizione per il venditore, è un fallire allo scopo, a cui mira il sistema della pubblicità dei privilegi e delle ipoteche. Qual vita può avere sotto questo sistema il credito fondiario? Chi vorrà col pericolo d'esser vinto da un privilegio, che può comparire in iscena da un momento all'altro, avventurare i proprii capitali sotto la garanzia d'un' ipoteca che non può offrire sicurezza? (4) ».

Il terzo privilegio, suggerito come conseguenza necessaria della generalità delle ipoteche sopra i beni presenti e futuri, è quello che lo stesso art. 2103 n. 3. del Codice Napoleone attribuisce *al coerede* sopra gli immobili dell'eredità per la garanzia dei beni tra essi divisi e per le compensazioni o pel conguaglio delle porzioni ereditarie. Questo privilegio nell'articolo 2109 dello stesso Codice si conserva efficace sui beni di ciascuna porzione e sopra i beni posti all'incanto, mediante l'inscrizione fatta entro sessanta giorni computabili dall'atto di divisione o dall'aggiudicazione col mezzo della licitazione. Durante il qual tempo non ha luogo alcuna ipoteca sui beni gravati dal conguaglio od aggiudicati col mezzo della licitazione in pregiudizio del creditore del conguaglio medesimo o del prezzo (5).

(1) Agli art. 2106 e 2108 del Cod. Napoleone corrispondono gli art. 2202, 2205 e 2208 del Cod. albertino, art. 1992, e 1994 del Cod. delle due Sicilie, art. 2151-2153 del Cod. parmense, art. 94, 96 del Regol. legisl. gregor., art. 37 del motupr. toscano, art. 2141 e 2142 del Cod. estense. Nel Codice ticinese non si ha parola di ciò.

(2) Art. 2153 del Cod. civ. parmense, ove si prescrive il termine di giorni trenta.

(3) Art. 2205 e 2208 del Cod. albertino, ove si prescrive quello di tre mesi.

(4) Chiesi, *sist. ipot.* num. 406. Veggansi anche le rimostranze di Grenier *hypoth.* n. 374-389, e di Troplong *des priv. et hyp.* n. 279.

(5) A questi art. corrispondono gli art. 1972, n. 3 e 1995 Cod. siciliano, art. 1152 e 1185 del Cod. ticinese: per il quale però non vi ha obbligo d'inscrizione; art. 2117. 2176 2151 e 2159 del Cod. parmense, il quale ha abbreviato quel termine a 30 giorni; il Cod. modenese negli art. 2139, e 2143 lo ha portato a 40 giorni. Il Cod. albertino negli art. 2158, n. 3, 2206 lo ha allongato a tre mesi. Chiesi, sist. ipot. num. 446-450.

Questo privilegio non trovavasi nella legge del brumale (1), e non dovrebbe trovarsi in alcuna legislazione; posciachè lo stesso Codice Napoleone, in luogo del diritto d'eventuale evizione o di compenso, concede un' azione personale contro i condividenti (art. 885), e lascia libero ad essi di convenire per patto e rivestire d' ipoteca quelle garanzie che credono migliori, e la legge non dovrebbe concedere ad essi più di quello che essi medesimi coll'ordinaria prudenza potrieno procacciarsi. Nel caso di licitazione d' uno stabile comune il socio può provvedere alla ricupera del prezzo di delibera, diniegando al deliberatario il possesso del fondo sino all' esborso integrale del medesimo.

Però non si può dire veramente che il privilegio sia giustificato dalla necessità di neutralizzare le ipoteche generali concesse da alcuno de'condividenti, perchè viddimo nel § XIII n. 16 come nel sistema francese la divisione faccia sì, che le ipoteche concesse dall'uno de' socii si restringano alla parte de' fondi toccatagli in sorte. Quindi non lo vedremmo giustificato, come si giustifica quello del venditore, al quale il coerede si eguaglia (2), poichè le ipoteche generali o speciali degli altri condividenti non possono nuocergli; ed è assai più pernicioso al credito fondiario, in quanto che quello del creditore si estingue tosto col pagamento del prezzo: ma questo pesa irremissibilmente sulla proprietà, e non può esserne distaccato di subito, perchè dipende da un pericolo remoto ed incerto di evizione, da una pretesa meramente possibile ed eventuale, cui l' inscritto non vuol rinunciare, e che per questa sua stessa incertezza nuoce essizialmente al credito fondiario (3).

11. La regola generale determinatrice della prelazione di tempo, dopo le eccezioni che abbiamo posto superiormente, ha effetto in qualsiasi genere d'ipoteche, che sieno legalmente costituite, ed in quanto si considerino avere tutte un'omogenea natura.

Per il che non si ha attenzione veruna alla differente qualità del titolo ipotecario, sia cioè che provenga dalla legge o da sentenza, sia che proceda da convenzione. *Cum eadem utriusque vis sit;* insegna il nostro Richeri, *nihil interest, utrum prior creditor conventione sibi quæsierit hypothecam, an beneficium hoc a lege habeat: ex quo sequitur etiam in pignore judiciali jus prælationis vigere, ita ut hoc præferatur ex privilegio temporis conventionali, et vicissim conventionali priori cedat* (4).

Egual esito ottiene la stessa regola, quantunque concorrano più ipoteche, l'anteriore delle quali avesse un titolo condizionato, e le altre un

(1) Grenier. *hypoth.* num. 397, Mourlon, *examen critiq.* n. 238.

(2) Merlin, *repert. v. hypoth.* sect. 1, § 8, n. 9, Grenier, *hypoth.* num. 398.

(3) Grenier, *hypoth.* num. 408, e Chiesi, *sist. ipot.* num. 334, ne fanno delle vive rimostranze.

(4) Richeri, *Jurispr. univ.* vol. 9. § 1565. Fabro, *in Cod.* lib. 8 tit. 8 def. 28 e 29 e tit. 13 def. 1. Voet. *in pand. qui potiores in pign.* n. 28. Balduin, *de pignor.* cap. 19. Neguzant, *de pign.* par. 5. m. 2 n. 7. Arg. dalla leg. 10. Dig. *qui potior. in pign.*

semplice: *unde si in diem,* statuisce Marciano, *de hypotheca convenit: dubium non est quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit* (1).

La stessa regola ha tutta la sua efficienza logica, quantunque il creditore abbia un'ipoteca posteriore, ma per un credito anteriore. Imperocchè la poziorità dell'ipoteca si misura dal dì della sua compiuta costituzione, e non dalla posizione di alcuno de' suoi elementi costitutivi: *quia prioritas hypothecæ debet attendi* (2). Ed è per questo che il medesimo Marciano sentenziava: *si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrunque fecit, ipse hypothecam accepit: sine dubio posterior in hypotheca est* (3). Egualmente si dica, non nuocere alla poziorità dell'ipoteca dell'un creditore che il credito suo sia gratuito, e quello del posteriore sia oneroso.

I dottori antichi e moderni comunemente trattano dell'obbligazione principale in questo luogo della prelazione: perchè l'interesse di ambedue gli argomenti è strettamente collegato nella pratica, ed è giornaliero quasi in tutte le quistioni di priorità. Ma noi ne abbiamo parlato in un Capo apposito, nel primo della Parte prima, come d'uno degli elementi costitutivi dell'ipoteca, seguendo le norme del nostro particolar metodo. Rimettiamo ivi adunque il lettore per tutte le quistioni analoghe; si per riguardo alla necessità in genere d'una valida obbligazione principale preesistente (§ V), che per riguardo alle obbligazioni condizionate od anche future, ossia a quelle che siessero per nascere da un valido e preesistente contratto od altra causa civile di obbligazione (§ VI).

Tralle conseguenze deducibili da queste premesse si può registrare questo altro aforismo di Marciano: *si idem bis, id est, ante secundum et post eum crediderit: in priore pecunia potior est secundo, in posteriore tertius est* (4).

In riguardo poi alla proprietà, considerata quale materia dell'ipoteca, è quasi inutile l'avvertire che la priorità del tempo ha luogo tra più ipoteche che concorrono sullo stesso fondo, e non già sopra fondi diversi; perchè in tal caso ciascun creditore relativamente al fondo assegnatogli *non tam potior, quam solus invenietur* (5). Ma questo avvertimento è necessario nel caso, che a più creditori fossero ipotecate varie parti ideali d'uno stesso fondo: chè allora i creditori non concorreriano tra di loro colla prelazione temporale della rispettiva ipoteca: ma sibbene, come dissimo superiormente delle ipoteche privilegiate di causa, concorreriano per riguardo al dominio, alla parte ideale, trattandosi di determinare piuttosto i limiti di esso, che non la priorità ipotecaria. Del che Papiniano ci esibisce questo esempio: *post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut si frater agri portionem pro indiviso*

(1) Leg. 12 § 2. Dig. *qui potiores in pign.*
(2) Neguzant. *de pign.* par. 3. m. 2. n. 2.
(3) Loco citato.
(4) In d. leg. 12 § 3 Dig. *qui potiores in pign.*
(5) Papiniano in leg. 2 Dig. *qui potiores.*

pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quæsitæ partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intelligi contractum existimavi; SED PRIOREM SECUNDO NON ESSE POTIOREM; *quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam, frater non consentiente socio non potuit obligare* (1).

Egualmente non avrebbe luogo la prelazione in ragione di tempo tra più ipoteche concesse da diversi proprietarj dello stesso fondo, nel caso che un'ipoteca comunque posteriore fosse stata conceduta da chi non avea che un titolo all'acquisto della proprietà, che fu poscia acquistata definitivamente; la quale sarebbe posposta all'ipoteca posteriore, concessa prima dell' acquisto definitivo dall'anteriore proprietario (2).

Così si dica delle ipoteche concesse a carico dell'erede prima della aggiudicazione; le quali sebbene anteriori non sarebbero preferite a quelle de'creditori ereditarj e de'legatarj, come dissimo di sopra. (num. 6).

12. In quel modo medesimo, per cui l'ipoteca si compie e divien diritto reale colla pubblicità dell'iscrizione, così dalla data di essa acquista la priorità sua; analogamente a ciò che dissimo, che questo privilegio di tempo deriva dalla realità, epperciò appena che questa è posta, l'altra come correlativa è posta necessariamente insieme.

L'art. 2134 del Cod. civ. francese, dal quale togliemmo la forma del nostro § arreca: « l'ipoteca tanto legale, che giudiziaria, o convenzionale non attribuisce prelazione ai creditori, se non dal giorno dell'iscrizione fatta eseguire dal creditore sui registri del conservatore, nella forma e nel modo prescritto dalla legge. » L' egual disposizione arreca l'art. 27 del Regolamento ipotecario 19 aprile 1806, tuttora vigente in queste provincie. E nel seguente art. 2147 dello stesso Codice, (art. 38 del sudd. Regolam.) si dispone in appendice « tutti i creditori inscritti nello stesso giorno hanno fra di essi un'ipoteca della istessa data, senza distinzione fra l'inscrizione fatta nel mattino e quella fatta nella sera, quantunque queste differenze fossero state indicate dal conservatore (3) ».

Queste disposizioni hanno virtù legislativa presso di noi, per ciò che è prescritto nella governativa Notificazione 16 marzo 1816.

Analogamente si dispone circa le prenotazioni, nel § 10 della Notificazione governativa 28 aprile 1824, ove si legge: « *l'effetto* e la priorità della prenotazione principiano dal giorno in cui viene eseguita nei registri delle ipoteche. Tutte le prenotazioni eseguite nello stesso giorno hanno la stessa data, senza distinzione fra quelle eseguite nel mattino e quelle eseguite nella sera, quantunque queste differenze fossero state indicate dal conservatore.

(1) Leg. 3, § 2, Dig. *qui potiores in pign.*

(2) § XV n. 7, vol. 1, pag. 396.

(3) Le eguali disposizioni si leggono negli art. 2020 e 2041 del Cod. siciliano, art. 2214, 2216, 2236 e 2285, del Cod. albertino, art. 2214 2215 Cod. parmense., art. 1160, 1164 e 1165 del Cod. ticinese, art. 178-180 del Reg. legisl. gregor. art. 106, 107, del motupr. toscano art. 2217 e 2218 del Cod. estense.

Questa prescrizione, che assegna all'origine dell'ipoteca piuttosto che il preciso suo momento, tutto il periodo d'un giorno, giova ad impedire una precipitosa concorrenza tra più creditori, la cui sorte dipenderia da una lieve dilazione, ovvero anche da uno sbaglio, o peggio dall' arbitrio del conservatore, che ricevendo le note turbasse l'ordine della loro presentazione (1); quantunque però la legge ordini formalmente al conservatore coll'art. 2200 del Cod. civ. francese, di tenere un registro nel quale inscrivi giorno per giorno e con ordine numerico le consegne che gli verranno fatte dette note per essere inscritte; di dare al richiedenti in riscontro con ivi espresso il numero del registro, in cui ne sarà annotata la consegna, e di ivi inscrivere poi le note nei registri destinati colla data e secondo l'ordine delle consegne che gli saranno fatte (2).

Nella legislazione austriaca, e in genere nel sistema tavolare la prelazione nasce dal momento della presentazione dell' istanza per l'iscrizione al protocollo degli esibiti del tribunale che l' accorda (3): ma tra il sistema tavolare e il francese ci ha una grande differenza per la maggior regolarità, e la più forte costituzione organica del sistema germanico.

La disposizione del nostro § che fissa la prelazione ipotecaria alla data dell' iscrizione, vale soltanto per le ipoteche che ad essa erano soggette nel sistema del cessato Regno d'Italia, e per tutte le ipoteche attribuite sotto il reggime austriaco. Prima dell' attivazione del Codice Napoleone in Italia, tutte le ipoteche erano occulte e reggevansi col Diritto comune: il quale attribuiva la prelazione non solo del giorno, ma del momento (4); ad eccezione delle provincie annesse alla cessata Repubblica veneta, nelle quali tutti gli atti o contratti non importavano prelazione, se non erano stati notificati, e dal di della notifica all' ufficio degli Esaminadori di Venezia e di Terraferma, come pur dissimo nell' Introduzione (num. XII), e ricordammo sotto il § XXII num. 5. In quest' ultimo luogo dicemmo quali ipoteche e in qual modo dovevano essere inscritte sotto la legislazione del cessato Regno d' Italia, e come le ipoteche occulte e generali si dovettero inscrivere sotto la seguente legislazione austriaca, nei termini ivi menzionati: trascorsi i quali avrieno perduto la prelazione originaria, e conservato solo quel rango, che avrieno acquistato con una posteriore inscrizione.

Vedremo nel seguente § XLIX come l'inscrizione debba essere conservata colle rinnovazioni decennali.

Nel caso di più ipoteche inscritte sullo stesso stabile nello stesso giorno, e non aventi d'altronde alcuna prelazione di causa, si rende inapplicabile

(1) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 664.

(2) Tarrible, *Repert.* v. *Inscription hyp.* Sect. 5. num. 2.

(3) Nippel. *Comento* al §. 440. n. 4. Carozzi *giurispr.* vol. 9. cap. 14. n. 10.

(4) Argomento dalla leg. 16. § 8 Dig. *de pignorib. et ibi* Glossa, Pothier, *pand. riord. qui potiores*, n. 31, Neguzant, *de pignor.* par 5, m. 2, n. 31, Merc. Merlin *de pignor.* lib. 4, tit. 1, quæ. 4 n 1, 2, Voet. *qui potiores in pign.*, num. 29, Richeri, vol. 9, § 1567, Hotoman, in Dig. *de pign.* Struvio, *syntagma, qui potiores*, thes. 27, Coccejò, *Jus civ. controv.* V. *qui potiores* quæ. 2.

una qualsiasi prelazione di diritto, ma tutte concorrono in proporzione de' rispettivi crediti — *Si pluribus res simul pignori detur, æqualis omnium causa est*: è canone predicato da Paolo (1), e trovasi confermato nell' art. 180 del regolamento legislativo di Romagna con queste parole: tutti i creditori, che si trovano nel medesimo grado, saranno pagati per contributo.

13. Prima di chiudere questo argomento crediamo utile di porre quest'ultima ricerca, se ci abbia luogo alla prelazione di tempo anche in favore del pegno pretorio?

Questa specie di pegno, del quale trattammo nei num. 3 e 4 del § IX, può concorrere colle ipoteche, in quanto che può esercitarsi sopra un immobile. Ivi mostrammo come non si possa considerare, nè come vero pegno, nè come ipoteca, ma appartenga al genere delle cauzioni, sì delle azioni personali, che delle azioni reali. Quegli che spiega l'azione vendicatoria, la petizione d'eredità, di legato, od altri che temono che in pendenza della lite il fondo, che ne è l'oggetto, non sia distratto dal debitore o possessore, possono impetrarne dal giudice la sequestrazione.

L'effetto immediato di questa misura provvisionale è di torre al possessore la libera amministrazione dello stabile stesso, e d'impedire che esso sia alienato o vincolato in pregiudizio della causa giuridica, che si vuole con esso provvedimento tutelare. Epperciò vedemmo sotto al § num. 5 come il debitore non potria ipotecare il fondo sequestrato in pregiudizio di chi fu immesso nel possesso e nell' amministrazione del medesimo.

Oltracciò dicemmo che nemmeno per sentenza di giudice potriasi ipotecare quel fondo per altri creditori, aventi una causa di credito diversa da quella per cui fu imposto il sequestro: quali sarebbero i creditori dell' erede in confronto al legatario sequestrante.

Il sequestro adunque può considerarsi in alcuni casi come un impedimento a liberamente disporre del fondo o ad aggravarlo d' ipoteche: quindi sotto questo aspetto milita in suo favore la prelazione di tempo, quantunque non sia nè pegno nè ipoteca.

Epperciò poniamo queste due conclusioni contrarie, le quali riflettono due generi diversi di rapporti. Nel primo rapporto, cioè tra il sequestrante e i creditori aventi delle pretese d' ordine diverso, la prelazione di tempo ha luogo in favore del sequestrante anteriore in confronto dei posteriori creditori sequestranti, o ipotecarj con titolo di qualsiasi natura; epperciò diremo con Voet: *Quin imo licet in pignore prætorio, quod ex missione in possessionem a prætore facta nascitur, non prosit temporis prioritas, in quantum postea missi rei servandæ causa concurrunt cum prioribus itidem rei servandæ missis, ac legatorum nomine prius missis cum illis, qui itidem legatorum nomine postea demum venerunt in possessionem: tamen si alius*

(1) Leg. 20, § 1, Dig. *de pignor. action.*

judiciale vel conventionale, vel legale pignus habeat, potior erit illis, quibus post demum ex missione pignus natum est: uti viceversa potiores erunt a prætore missi, si post missionem, alius ex lege vel conventione, vel judicati exequendi causa, captis rebus hypothecam adeptus sit (1).

E più brevemente Neguzanzio insegna che la regola *qui prior in tempore* ecc. ha luogo *in pignore prætorio concesso pluribus creditoribus ex diversis titulis* (2).

E con un esempio specifico Hotoman ci soccorre con dire: *similiter si judiciale pignus cum pignore prætorio legatorum servandorum concurrat, qui prior est posteriori præfertur. Itemque si legatarius prior, legatorum servandorum causa missus fuerit, post vero judicati causa creditor alius pignora velit capere: legatarius enim præfertur* (3).

Nel secondo rapporto, cioè tra il sequestrante e i creditori che vantassero tutti una ugual pretesa creditoria, siccome il sequestro non è pegno, e non impedisce che si conceda anche agli altri creditori aventi un simile titolo, così il primo sequestrante non può preferirsi al secondo. *Secus autem*, come insegna lo stesso Neguzanzio, *si essent creditores ejusdem tituli, nam tunc uno immisso, alii censerentur immissi et essent æquales* (4).

§ XLVIII.

In mancanza del sistema tavolare presupposto dal vigente Codice civile generale, l' inscrizione ipotecaria è richiesta all'unico scopo di avvertire il pubblico della realità degli oneri inscritti, e perciò i creditori, gli acquirenti e i terzi che professano de' diritti sul fondo vincolato, o sopra il credito iscritto, non possono allegare ignoranza della medesima. Però l'inscrizione per sè stessa non esentua il creditore o i suoi aventi causa, quando vogliono esercitarla, dal provare coi mezzi ordinarii il fondamento legittimo dell' ipoteca inscritta.

(1) Voet, *in pand. qui potiores in pign.* num. 28, Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1366.

(2) Neguzant. *de pign.* par. 5, m. 2. n. 6. Così Mantica, *de tac. et amb.* lib. XI. tit. 22, num. 22.

(3) Hotoman, *in Dig. qui potiores in pign.*

(4) Neguzant. *de pignor.* par. 5, mem. 2, n. 6; par. 5, m. 2, n. 9. Così Vanderano, *de privil. credit.* cap. 15, Merc. Merlino *de pign.* lib. 1, tit. 3, quæ. 22, num. 1-7, Hotoman. loc. citato. Struvio, *sintagma jur. qui potior. in pign.* thes. 29.

SOMMARIO.

1. Ragione del §. Qualunque diritto non è sempre efficace se non si deduce per prove.
2. Come dovea essere provata l'ipoteca nel Diritto romano.
3. Quale sia la virtù provante dell'inscrizione ipotecaria secondo il sistema tavolare;
4. — secondo il sistema francese e le legislazioni affini;
5. — secondo il nostro reggime.
6. L'inscrizione fa prova, ossia è condizione necessaria per la realità dell'ipoteca, e non si può supplire ad essa con altri modi di cognizione.
7. L'inscrizione deve essere conosciuta da tutti coloro, che acquistano diritti sul fondo, o sul credito ipotecato.

1. Fin qui abbiamo discorso della virtualità dell'ipoteca in genere: e supponemmo che fosse convenientemente *dimostrata*, come compiuta in tutte le sue parti integranti. Ma nel ventilare un certo numero di quistioni ci accorgemmo della necessità d'instituire quest'altra ricerca: se l'inscrizione per sè sola sia sufficiente, nell'ordine delle leggi imperanti, a dedurre e provare la verità dell'ipoteca inscritta: ovvero non basti senza provare insieme e la verità e liquidità del credito inscritto e la validità del titolo ipotecario, e la consistenza della proprietà ipotecata, e fin'anco la regolarità dell'inscrizione stessa.

Niuno dubiterà dell'importanza pratica di queste indagini; perciocchè essendo l'ipoteca ne' privati commercii suscettibile di cambio, come vedremo nel prossimo Capo primo, e dovendosi talora esercitare in giudizio, ha bisogno che appaja dimostrata come un sicuro e valido diritto. Ed ogni diritto, come qualsiasi cosa, non può altrimenti manifestarsi tra gli uomini, se non è compreso in una forma: non può venire sotto l'analisi del giureconsulto, dispiegarsi agli occhi del giudice, tragittare nel commercio giuridico, se la legittimità sua non è ad evidenza deducibile e quindi accettevole.

Perchè l'inscrizione ipotecaria potesse esibire da sè sola una prova sufficiente della legittimità dell'ipoteca, e bastasse ad esentuare il creditore dal dedurre in giudizio con altre prove la consistenza di tutti i requisiti necessarj alla sua efficace costituzione, abbisognerebbe che il fatto stesso dell'iscrizione li constatasse tutti appunto: provasse cioè che il credito assicurato fosse vero, che il costituente avesse avuto la proprietà del fondo ipotecato, che il titolo dell'ipoteca e la stessa iscrizione fossero superiori ad ogni eccezione. Nessun diritto esercitare si può se non esiste: nessun diritto derivativo dalla libertà umana può esistere, se non fu costituito ne' modi convenienti: nessun diritto può dirsi costituito se non si prova il modo o il fatto della sua costituzione. L'ipoteca non può costituirsi senza un debito al quale sia accessorio, senza una proprietà che ne sia l'oggetto, senza un titolo che la determini, senza un'iscrizione

che la sancisca civilmente. Che l' intervento complessivo di questi requisiti appaja o per un metodo speciale dell' inscrizione, o per prove singolari, non importa. Intanto stà il principio che nessun diritto può esercitarsi se non è provata la sussistenza e la costituzione sua. L' importanza di questa ricerca metodica della deduzione ipotecaria ci sembrò così imponente, che non potemmo dispensarci dal farne materia d' un apposito paragrafo, nel quale abbiamo consegnata quella conclusione, che ci parve l' unica attendibile.

Vediamo quale sia questo criterio deduttivo nelle diverse legislazioni, cioè nella romana, nella germanica, nella francese e nella nostra.

2. Incominciamo dal Diritto comune.

Dovea per esso il creditore nell' azione ipotecaria provare la verità del debito; e se il reo convenuto, fosse pure un terzo possessore, provava l' estinzione di esso per pagamento, liberazione, novazione, compensazione od altro, l'ipoteca come accessoria cadeva e con essa l' azione ipotecaria. *Neque enim debet*, insegnava Paolo, *quæri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur* (1). Ogni attore d' altronde in genere deve provare il fondamento della sua azione e della sua intenzione: *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (2) Perciò era opinione comune tra gli antichi giureconsulti che il creditore nell'azione ipotecaria dovesse provare la preesistenza del debito (4): per induzione da ciò che disponevano circa l' azione pignoratizia gli imperatori Diocleziano e Massimiano: *ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti* (5): e dagli Imperatori Severo ed Antonino: *nam intentio dati pignoris, nec numeratæ pecuniæ, non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit* (6).

Anche la proprietà dovea essere provata come fondamento dell'ipoteca, quando l'attore agiva contro il terzo possessore non tenuto nè al debito, nè alla responsabilità personale di rispettare il fatto dell' ipoteca; dovea cioè allegare e provare che la proprietà ipotecata, al tempo dell'affettazione, fosse stata *in bonis* del debitore o del costituente. Cajo nel suo libro *ad formulam hypothecariam*, espressamente richiede questa prova: *creditorem probare debere rem in bonis debitoris fuisse* (7). E neanche Papiniano ne dispensa il creditore: *æque servanda erit creditori actio Serviana probanti res eo tempore, quo pignus contrahebatur, in bonis illius fuisse* (7). E più chiaramente Marciano esige questa prova

(1) Leg. 12, § 1 Dig. *quibus modis pignus solvitur.*

(2) Leg. 21, Dig. de probation.

(3) Neguzant, *de pignor.* par. 8, mem. 3, num. 23, e segg. Maranta, *de ordine judicior.* par. 4, distinctio 3, num. 6, Mascardo, *de probat.* vol. 2, concl. 870. num. 1, M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, til. 2, quæ. 78, num. 9. Fabro *in Cod.* lib. 8, til. 6, def. 18, Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1719.

(4) Leg. 10, Cod. *de pignorat. actione.*

(5) Leg. 1, Cod. *si pignor. convent*, leg. 1, Cod. *de non numer. pecun.*

(6) Leg. 15. § 1, Dig. *de pignor.*

(7) Leg. 3, Dig. *de pignorib*, Neguzant. *de pign.* par. 8. mem. 3, n. 8, e segg. n. 20.

assieme all'altra del titolo ipotecario: *ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecæve sit: sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit* (1).

Della necessità e del modo di provare la proprietà parlammo sotto il § XIII, num. 8; al qual luogo rimandiamo il lettore (2).

Mascardo (3), Müller (4) e Salgado (5) insegnavano pure che si dovesse dimostrare la veracità del titolo ipotecario.

3. Nell'Introduzione vedemmo (6) come la tradizione germanica avesse profondamente innovate le pratiche del Diritto romano, col preparare per tempo l'odierno sistema tavolare; dal quale, oltre la pubblicità di tutti i diritti reali, proviene che ogni inscrizione ottenga una prova sintetica di tutti gli atti, de' quali è composta l'ipoteca; poichè il giudice accordandola prendeva una completa cognizione di causa dell'obbligazione principale, del titolo ipotecario e della proprietà, la quale appariva dagli stessi suoi registri. Circa la legittimità dell'inscrizione non c'era motivo di dubitare; perchè il giudice stesso era quello che l'eseguiva. Quindi l'iscrizione si poteva parificare ad una sentenza, l'ipoteca alla cosa giudicata: epperciò la pagina, ove era inscritto quel diritto, era come fosse lo stesso diritto, che non cadeva, non deteriorava in confronto al pubblico, se non con altri atti, sentenze ed iscrizioni parimenti giudiziali (7).

Così tra i più autorevoli giureconsulti germanici è pur notevole testimonianza questa di Giorgio Adamo Struvio: *jure saxonico (imo et moribus aliorum locorum) ad bonorum immobilium oppignorationem requiritur confirmatio judicis* (8). E il suo annotatore Pietro Müller soggiunse: *etiam in aliis provinciis sic usu obtinet: sic in pruthenica constitutum ut quicumque bona sua immobilia oppignorare vult, id nonnisi coram magistratu aut judice, cujus jurisdictioni res subjectæ sunt, faciat, eamque oppignorationem actis insinuari curet .... Jura saxonica nunquam*

25, Brunneman, in leg. 18, Cod. *de pignorib.* M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, tit. 2, quæ. 68, n 9, e quæ. 78, n. 1, e seg. Maranta *de ordine, judic.* par. 4, distinct. 3, n. 6. Menochio, lib. 6, *presumpt.* 63, n. 12. Fabro, Cod. lib. 8, tit. 6, def. 25, Richeri, *jurispr.* vol. 9, § 1672, Andr. Gaill. lib. 2, *pract. obser.* 20, Struvio, *syntag. jur.*, *qui potiores in pign.* thes. 37. Voet, *in pand. qui potiores in pign.* n. 7. Zoesio, *in pand. de pignor. et hyp.* n. 25.

(1) Leg. 23, Dig. *de probation.* leg. 4 Dig. *de pignor.*

(2) Mascardo, *de probation.* concl. num. 5, attesta che si esigga la prova della proprietà del possesso, ed anco della semplice detenzione (*in bonis*) del fondo ipotecato.

(3) Mascardo, ibid. n. 2.

(4) Pietro Müller, *in notis ad Struvium, syntag. jur. qui potior. in pign.* thes. 37, nota 1.

(5) Salgado, *labyr. cred.* par. 3, cap. 1, n. 184.

(6) Num. XIII, XXIV e XXV.

(7) Royer, *des institutions de crédit foncier en Allemagne*, Salmour, *dell'ordinamento del credito fondiario negli Stati sardi*, sez. 1, documenti, pag. 464 e seg.

(8) Struvio, *Syntagma jur. quæ res pignor*, exercit. 26, thes. 22.

permittunt alienationem bonorum immobilium .... nisi cum approbatione et consensu magistratus..... Quod judex præter consensum, TESTIMONIUM SIMUL FERAT DE PIGNORE LEGITIME, ET BONA FIDE CONTRACTO, IMO CAUSÆ COGNITIO NECESSARIA SIT, *ne, una res pluribus, oppignorata creditores decipiantur.... Idem servari de jure Lubecensium testatur Mævius ad jus lubecensem* (1).

Zoesio (2) e Voet (3) attestano che le stesse consuetudini vigevano in Olanda al loro tempo in alcuni luoghi circonvicini.

Ne' sistemi moderni tavolari di Germania questa efficacia dell'iscrizione risalta con molto maggior rilievo. Con ciò sia il § 432 del vigente Codice civile austriaco stabilisca che per inscrivere l'ipoteca nel libro pubblico si richieda prima di tutto che quegli a carico del quale la si domanda, sia inscritto come proprietario (4). L'inscrizione ipotecaria suppone adunque la proprietà: epperciò il creditore saria esentuato in seguito da alcun'altra prova.

L'ugual disposizione si ha, e quindi si può condurre la stessa conseguenza, nei sistemi tavolari di Baviera (articolo 22 della legge 1 giugno 1822), di Prussia (articolo 406 del Codice, par. 1 tit. 20) del Würtemberg (articolo 56 e 57, legge 15 aprile 1825): come pur viddimo nell'Introduzione.

In riguardo alla prova dell'obbligazione principale, il § 469 del Codice civile austriaco mantiene l'inscrizione come mezzo di prova del debito in faccia ai terzi. » Per togliere il diritto d'ipoteca, vi si legge, non basta il solo pagamento del debito; ma la cosa costituita in ipoteca rimane obbligata fino a tanto che il documento del debito non sia cancellato dai pubblici libri. » L'inscrizione, a vero dire, non prova issofatto la verità del debito, e non esentua il creditore dall'allegare il documento originario del medesimo; quindi inferisce Nippel che se il documento inscritto fosse fittizio, l'ipoteca non starebbe (5). Però se non prova l'originaria costituzione, prova però, anzi stabilisce una presunzione *juris et de jure*, che il debito finchè non è cancellato, sia tuttavia sussistente. L'effetto di questa disposizione è meravigliosamente utile nei subingressi e nei suppegni, quindi fa sicura la circolazione degli effetti ipotecarj. Il creditore può agevolmente conservare il titolo creditorio, col quale e col certificato dell'inscrizione tavolare può facilissimamente realizzare colle cessioni i suoi capitali, senza correre i rischi e gli indugi d'un processo di espropriazione. La prova originaria del debito è poi meglio assicurata nelle ipoteche ottenute colla prenotazione, se furono regolarmente confermate.

(1) Müller, *in notis ad Struvium*, ibidem.

(2) Zoesio, *in pand. qui potior in pign.* num. 5.

(3) Voet. *in pand. de pignorib.* num. 9, 10, 11.

(4) Questo §. allusivo all'iscriziona della proprietà, si estende anche all'ipoteca pel § 445 dello stesso Codice civile.

(5) Nippel, *comento* al § 469, num. 4. Cod. civ. austr.

Il sistema tavolare austriaco è alquanto differente in ciò dagli altri sistemi tavolari, nei quali la semplice inscrizione farebbe sì che la costituzione originaria del debito rimanga superiore ad ogni eccezione contro i terzi; come quello che non si inscrive definitivamente, se non è riconosciuto in giudizio per parte del debitore; come si vede nelle leggi di Baviera (articoli 16, 21, 26, 83, 109, in cui il debitore non può più eccepire il debito, scorso un termine prefisso): di Prussia (articoli 422, 424 e 425, ove il debitore può eccepire, ma solo entro un mese dall'inscrizione: articolo 520, l'ipoteca sussiste in prò de' terzi se non è cancellata). E nel Würtemberg nessuna ipoteca può essere inscritta senza l'autorizzazione del magistrato (articoli 2-12), che l'accorda mediante sentenza (articolo 47); quindi consegue che l'inscrizione basta per constatare la perfetta legalità dell'ipoteca: nessun atto può attenuarne gli effetti (art. 48). Quegli che acquista il credito ipotecario, od un suppegno su di esso, è al coperto delle eccezioni del debitore o del terzo possessore (articolo 72), purchè sia di buona fede e con titolo oneroso (articolo 88). Le stesse disposizioni si leggono nella legge ipotecaria di Svezia, e nel famoso progetto ginevrino (1). Nella legge ipotecaria del cantone di San Gallo la lettera ipotecaria resta ineccepibile in confronto ai terzi ed a chicchessia, dopo quindici giorni in cui era stata affissa in pubblico dal Consiglio comunale (2).

In riguardo al titolo, sì giudiziale, che convenzionale (almeno quanto alla forma), il Codice civile austriaco ci somministra questa generale disposizione nel § 441 il quale pel § 448 è applicabile alle ipoteche: tostochè il documento è inscritto nel libro pubblico, il nuovo proprietario entra nel *legittimo possesso*. E il possessore, pel § 323, ha la presunzione d'un titolo valido, e perciò non può essere provocato a produrlo.

Anche in questo riguardo le sovracitate legislazioni attribuiscono alla inscrizione la stessa virtù; come si può vedere negli articoli 93-98 e 105 della legge bavarese: negli articoli 427 e 429 del Codice prussiano; le quali leggi provvedono coll'ordinare ai tribunali di avvertire il debitore della chiesta inscrizione e col renderli responsali pel titolo costitutivo. La legge del Würtemberg non riconosce ipoteche, che non sieno confermate in un regolare giudizio.

Tuttavia il sistema tavolare, che si raccomanda per questi preziosissimi vantaggi, è per noi un desiderio insoddisfatto. L'inscrizione per noi non può essere il simbolo ipotecario, un effetto rappresentativo del capitale accreditato; ben diversa è la sua pratica virtù nella legislazione, che fu provvisoriamente conservata in queste provincie.

4. Nel sistema ipotecario francese l'inscrizione può considerarsi tutt'al più siccome un necessario complemento della realità dell'ipoteca (§ XXII,

(1) V. Saint Joseph, *concordance*, in fine.

(2) Ibid. leg. 5. marzo 1818, art. 20 e seg.

num. 1); ma non costituisce la prova sintetica della legittimità dell'ipoteca stessa. La quale, allorchè si voglia esercitare ed opporre in giudizio, deve essere provata non altrimenti che la dovea essere sotto il reggime del Diritto comune: con questa aggiunta, che si deve aver l'estremo riguardo anche alla legittimità della stessa inscrizione; la quale se difettasse in alcuna indicazione essenziale, saria nulla, e trarrebbe seco la nullità della realità ipotecaria (§. XXIV). E con dir questo neghiamo implicitamente che l'inscrizione ipotecaria, appo i francesi, attribuisca al creditore il diritto di possesso, la presunzione *juris*, e l'incolumità della buona fede in prò de' terzi, che i sistemi d'intavolazione poterono pel loro più perfetto organismo accordare. Esaminiamo il metodo, col quale si costruisce il diritto ipotecario in quel sistema, e in quelli delle legislazioni analoghe, e vedremo agevolmente come è impossibile ragunare ed attribuire all'inscrizione sola una tanta virtù.

Chi tiene i registri ipotecarii è il conservatore (1). Quando il creditore lo richiede dell'inscrizione gli presenta il titolo, da cui nasce il credito e l'ipoteca, e con esso le due note per l'inscrizione (2). Esamina il conservatore l'uno e le altre: ma non giudica, nè della legittimità del credito, nè della proprietà, nè veramente del titolo: solo ha riguardo alla forma estrinseca del titolo ipotecario, se autentica, e se la persona presentatrice sia autorizzata alla presentazione (3). Egli non è in alcun modo responsale, nè ha mezzi onde avverare la legittimità del titolo. E dissimo ancora, che se anche non gli fosse presentato il titolo, e avesse accettato semplicemente le note d'iscrizione, l'ipoteca non si potria per questo disciogliere, quando l'iscrizione fosse d'altronde regolare; perchè in questa non appare traccia alcuna della fatta o della omessa presentazione (4). E se pure ciò apparisse, non si proverebbe ancora che il conservatore l'avesse diligentemente esaminato e constatato: poichè nè le leggi gli ingiungono l'obbligo generico di ciò fare, e quand'anche vi rilevasse dei difetti intrinseci (non dico nella forma autentica), egli non potria diniegare l'inscrizione; perchè l'articolo 2199 del Codice civile francese proibisce ai conservatori *in verun caso* di ricusare o ritardare l'inscrizione dei diritti ipotecarj (5): nemmeno sotto pretesto di vizii nelle note, soggiunge l'articolo 2323 del Codice albertino (6).

Il creditore ipotecario adunque, e con lui i suoi aventi causa, colla

(1) Art. 2134, 2148, 2199, 2196 e seg. del Codice Napoleone.

(2) Vedasi il nostro § XXIV n. 1 e 2.

(3) V. i §§ XXI e XXV.

(4) § XXIV, num. 1, in fine.

(5) A quest'art. corrispondono gli art. 2235 Cod. di Parma, art. 235 Regol. gregor. art. 195 motuproprio toscano, art. 2100 Cod. delle due Sicilie. Ma il suddetto art. 235 del Regol. gregoriano soggiunge: quando le richieste siano fatte nelle debite forme: col che allude alle note, e non all'esame del titolo.

(6) Parecchie sono le leggi che dichiarano passivo l'ufficio del conservatore: vedi l'art. 101 del Regolam. italico 19 aprile 1806, l'art. 7 del decreto 25 ottobre 1808, le Circolari 17 aprile e 15 maggio 1809 del Ministro della giustizia, e la Circolare 4 settembre 1827 dell'Appello veneto.

semplice inscrizione non provano il fondamento del diritto inscritto, contro le eccezioni dei terzi, se non convincendoli colla produzione del titolo creditorio e dell' ipotecario. Questa conclusione è benissimo rappresentata nell'art. 7 del Decreto italico 25 ottobre 1808, ove si disse che l'iscrizione, che si dovea fare delle ipoteche anteriori all' attivazione del Codice Napoleone, *non porta alcun pregiudizio al debitore, od al possessore in quanto che si pretendesse da questi insussistente o già estinto il credito, od il diritto di privilegio od ipoteca.* L'iscrizione può provare, che alla sua origine la proprietà risiedesse in capo del costituente, nei paesi ove si adottò il principio della trascrizione o della fede dei libri censuarii: come in Romagna, nel Ducato di Parma, nel Ducato di Modena e in Toscana (1); ne' quali paesi il certificato generale di tutte iscrizioni e trascrizioni, emesso dallo stesso conservatore, riesce a meraviglia in questa bisogna; ma nel sistema del Codice Napoleone, e quindi del Codice albertino, e del Codice delle due Sicilie, nè il titolo del debito o dell' ipoteca, mentovato nell' inscrizione l' ipotecaria, nè l' iscrizione stessa possono altrimenti provare questo essenziale fondamento dell' ipoteca.

Quindi per esercitare i proprii diritti il creditore e i suoi aventi causa devono provvedere alla prova della proprietà, ossia della base della di loro ipoteca. Nel che non è mai soverchia la circospezione; perchè non possiedono essi i documenti necessarii, e non si procurano sempre nemmeno le indicazioni di essi, e non sempre si possono avere dal terzo possessore. col quale si trovano spesso in collisione d' interesse.

E finalmente l'iscrizione per sè stessa non è una guarentigia certissima, potendo ella essere difettosa per la mancanza d'alcuna formalità essenziale: mancanza cagionata dalla irregolarità delle note presentate, che il conservatore può bensì correggere, ma per la legge francese e per la nostra non vi è obbligato (2).

Da ciò si vede come il sistema francese sia difettoso nella formazione del diritto ipotecario, e come dopo avere a malapena provveduto alla pubblicità, ed in modo imperfettissimo, non ha bastantemente guarentito gli inesperti cittadini nella documentazione dei loro diritti.

Dalla mancanza di questa necessaria forma organica, che guarentisse l'ipoteca col suggello della pubblica autorità, scaturirono gravissimi pericoli; posciachè l' ipoteca può inopinatamente estinguersi solo collo scioglimento dell' obbligazione principale (3): quindi un cessionario, un surrogato, un creditore con suppegno, non sono certi nella fede dell'iscrizione, potendo legittimamente supporre che sia sterile per l' estinzione del debito.

L'ipoteca si estingue col risolversi della proprietà nel costituente per una causa preesistente, necessaria e reale (4); la quale non è sempre data a

(1) § XIII, n. 7.

(2) V. § XXVII num. 4.

(3) Art. 2180, n. 1. Cod. Napoleone; al quale corrispondono esattamente l' art. 2298, 2209 del Cod. albertino, l'art. 2249 del Cod. di Parma, l'art. 2074, n. 1, Cod. delle due Sicilie, l'art. 1166, Cod. del Canton Ticino. Tacciono le leggi ipotecarie di Romagna e Toscana.

(4) art. 2125 Cod. Napoleone, art. 2186 Cod. albertino, art. 2011 Cod. delle due Sicilie, art. 2179 Cod. di Parma, art. 110 Reg. pontificio, art. 62 motuproprio toscano.

conoscere ai creditori pel difetto della pubblicità de' dominii e delle loro limitazioni (1). In conseguenza i registri ipotecarii e l'inscrizione del creditore possono giovar per nulla in questo riguardo.

Può essere nulla l'ipoteca per mancanza di titolo valido (2). Alcuna volta accade che persone inesperte chiedano delle iscrizioni invalide per legge, e il conservatore le inscriva senza suggerirne la correzione in tempo; ed ecco quanti preziosi diritti andranno perduti per difetto di forme: sacrifizio necessario all'attività giuridica dell'universale, ma che il Legislatore impedirebbe, ove provvedesse con più studiate instituzioni a perfezionare le forme stesse, ad impedire gli inganni, illuminare gli inesperti, difendere tutti gli interessi colla maestà della pubblica fede.

5. Noi non abbiamo nè la pubblicità assoluta del sistema tavolare, nè la relativa della trascrizione o de' registri censuarii: e l'ipoteca da noi si costruisce non altrimenti che col metodo francese, e quindi non può avere nella sola iscrizione un apparato sufficiente di tutte le prove occorribili. Quello che abbiam detto di sopra di quel sistema ben s'addice al nostro, anche in riguardo alle prenotazioni, le quali, come le ipoteche giudiziali francesi, si inscrivono dal conservatore per cura della parte interessata (§ XXXVIII); e quindi, se provano il credito e il titolo, non provano la base fondiaria dell'inscrizione, voglio dire il dominio del debitore; nè guarentiscono la esattezza e quindi la validità dell'inscrizione stessa.

Per queste ragioni bisogna conchiudere che nel Regno lombardo-veneto, in virtù della sola inscrizione, non possa il creditore ipotecario avere il possesso civile e le sue prerogative, che il Codice civile austriaco concede nei §§ 321, 322 e 323 a colui che si trova inscritto nei libri tavolari. Imperocchè le disposizioni di que' paragrafi sono peculiari affatto al sistema tavolare, ed a quello qualsiasi che statuisca l'assoluta pubblicità dei diritti reali tutti, e nello stesso tempo guarentisca col marchio della pubblica fede la legittimità della loro costituzione. Ma nè l'una, nè l'altra cosa si riscontra nel vigente reggime. L'inscrizione è bensì necessaria per attribuire la realità all'ipoteca; ma, se è un mezzo di pubblicità, è però un mezzo molto imperfetto, perchè mancante della dimostrazione della sua base, e perchè redatta da un ufficiale che è un depositario delle note presentate dai creditori, ma i di cui registri non guarentiscono nemmeno la legalità delle inscrizioni contenute (3): quindi

(1) Si faccia sempre eccezione pei sistemi ipotecarii di Romagna, di Toscana, di Parma e di Modena che adottarono il principio della trascrizione, v. § XIII, n. 7.

(2) Secondo le prescrizioni dei nostri §§ XI e XII: ossia degli art. 2124 e 2126 del Cod. Napoleone, art. 2184, 2185, Cod. albertino, art. 2010, 2012, Cod. napoletano, art. 2178, 2180, Cod. di Parma, art. 111, Regol. legisl. gregor., art. 75, motuproprio toscano.

(3) Si lasci adunque tale principio agli scrittori che non escono dall'applicazione del sistema tavolare: quali Zeiller al § 340, n. 1 e 2, e al § 380 del Cod. civ. aust. Nippel allo stesso § 350, Winiwarter ai § 322 e 436 dello stesso Codice, ed Ellinger, *Manuale del Dir. aust.* § 466.

non può attribuire al creditore quella sicurezza del suo diritto, e al pubblico quella dimostrazione perfetta, che sola vale a dare l'evidenza del possesso. E diffatti il Senato lombardo-veneto coll' aulico Decreto 7 dicembre 1838, n. 3174 (1) dichiarò: non occorrere nemmeno una declaratoria sull'inapplicabilità del § 460 del Codice civile ai crediti ipotecarj esistenti nel Regno lombardo-veneto.

6. Nel presente § avvertiamo che l'inscrizione sia prestabilita nel nostro sistema allo scopo di avvertire il pubblico della realità degli oneri inscritti. È questo un corollario del principio per noi stabilito nel § XXII, in base al § 451 del Codice civile austriaco, che prescrive non esserci diritto reale d'ipoteca, se non è inscritta nei pubblici libri. In fine del comento di quel § avevamo proposto la quistione: se l'inscriziome sia l'unico criterio conoscitivo dell'ipoteca, o se veramente l'ipoteca conosciuta in altro modo dai creditori o dal possessore, sebbene non sia inscritta, possa reggere contro le di loro contraddizioni.

Winiwarter (2) e Nippel (3) in questo modo s'argomentano: siccome la legge non riconosce altro modo di acquistare diritti reali sulle cose che quello dell'inscrizione nei pubblici libri (§ 321, 431, 451 e 481 Codice civile), perciò è insufficiente il concorso di tutti gli altri requisiti necessarii all'acquisto d'un diritto reale, qualora vi manchi l'inscrizione. Ma contro questa sentenza opponiamo ciò che stabilimmo nei numeri 8-10 del § XIII, come la tradizione della proprietà sia necessaria per proteggere la buona fede dei terzi: chè però nel caso in cui il terzo avesse in altro modo conosciuta la traslazione consensuale del dominio, per questa sua scienza non potria dire d'avere in buona fede avuto per primo la tradizione della stessa cosa, e quindi, mancando in lui la buona fede, mancava la necessità della anteriore tradizione nell'altro.

Però replichiamo a noi stessi: tra la proprietà e l'ipoteca non ci corre in proposito una perfetta analogia; anzi ci ha un profondo divario, che è pure messo in rilievo dal professore Schuster, ove dice: « io non dubito d'affermare che il diritto di pegno (non inscritto) dei creditori è perduto (in riguardo al compratore cui sono note le ipoteche costituite): perchè nel caso presente non può aver luogo alcuno di quei motivi, che nei casi della proprietà e della servitù militavano. In entrambi quei casi noi scorgiamo sempre che l'alienante vuol trasferire ad un'altra persona qualche cosa, della quale non ha più il diritto di disporre. All'incontro nel presente caso il proprietario aliena una cosa della quale ha ancora il diritto di disporre » (4). Questa differenza conchiude nel senso

(1) Pubblicato dall' Appello lombardo con Decreto circolare 15 dicembre dello stesso anno, num. 44638; e dall' Appello veneto con Decreto 13 dicembre d. an. n. 47243.

(2) Winiwarter, *comento* al § 308 in fine, Cod. civ. aust.

(3) Nippel, *comento* al § 307, num. 4, Cod. civ. aust.

(4) Schuster, *dell'alienazione fatta dal proprietario d'una stessa cosa a due diverse persone: opuscolo* inserito nella collezione, ossia comenti sulla legislazione austriaca, di Verona, 1850, fasc. XIII, pag. 111 113.

che, alienata la proprietà a due distinte persone, il secondo compratore non avria acquistato alcun diritto dal venditore, che n'era spogliato affatto colla prima vendita: ma lo stesso proprietario, dopo la prima ipoteca conservando la disponibilità del fondo, potea ipotecarlo o venderlo ad altri. Nel primo caso il secondo compratore non può fondare il suo diritto che sulla sua buona fede, cessata la quale, cessa tutto: nel secondo caso i posteriori creditori e l'acquirente sono, e creditori ipotecarj, ed acquirenti per giusto titolo; e quindi, perchè valesse l'antecedente ipoteca, deve essere valida formalmente.

Lo stesso professore aggiunge quest'altra argomentazione: « Il diritto di pegno competente ai creditori è soltanto un diritto accessorio, e presuppone un debito principale, quindi un titolo qualunque. L'intenzione del creditore, che si fa costituire un'ipoteca, è quindi diretta in generale ad ottenere dai redditi del fondo o dal prezzo di esso quel pagamento che non potesse ottenere dal debitore (§ 461); ma se egli non fa inscrivere la costituzione del pegno, con ciò fa nascere la persuasione che ei non si curi del fondo di pagamento assegnatogli, e riponga in genere la sua fiducia nelle circostanze economiche del suo debitore: poichè, siccome ognuno deve conoscere la legge, non gli può essere ignoto che secondo la chiara disposizione del § 458 qualunque altro che abbia un pegno, e persino ogni creditore chirografario può, mediante la prenotazione, ottenere la preferenza sopra di lui. L'omettere adunque di domandare l'inscrizione, contiene una tacita rinuncia (1) ».

Queste ragioni sono ben più concludenti, che non quelle allegate dai giureconsulti francesi; i quali, con tutto quel loro preteso genio analitico, peccano sovente d'un arido formalismo. Grenier lasciò scritto: « diffatti allorquando, e dicasi pure di qualsiasi reggime ipotecario, la legge prescrive un atto con delle forme particolari per la costituzione e la conservazione della ipoteca, non si potrà mai supplire con qualche altro atto qualunque (2). E soggiunge Troplong: la legge ha voluto per motivi d'interesse generale, che l'ipoteca non inscritta è ridotta *ad non esse* in riguardo ai terzi, sia che essi avessero avuto cognizione dell'ipoteca, sia che l'avessero ignorata. Una circostanza particolare, come la nozione stragiudiziale, non può far piegare la volontà del legislatore (3) ».

Tuttavia non è dubbio che la tesi contraria non può giustificarsi nè colla lettera, nè collo spirito delle leggi vigenti.

La lettera si oppone nell'articolo 2134 del Codice civile francese (4),

(1) Idem, ibidem.

(2) Grenier, *hyp.* num. 115.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 569, ove cita un decreto della Corte di Bruselles del 6 giugno 1809, che conferma la nostra conclusione. Vedi Sirey, *Recueil.* tom. 14, par. 2, pag. 62. Negli art. 3314, 3315 del Cod. della Luisiana si deciderebbe il contrario, per la massima che l'ipoteca non inscritta non può pregiudicare ai terzi che l'hanno ignorata. E nel cod. del Canton Ticino l'ipoteca non inscritta si oppone ai possessori e ai creditori non inscritti, secondo certi gradi di prelazione.

(4) Nostro § XLVII. Art. 2214; Cod di Parma, art. 2020, Cod. siciliano, art. 2229, 2256 Cod. piemontese, art. 178. 179 Regolam. legisl. gregoriano, art. 106 motuproprio toscano, art. 2217 Cod. estense.

per cui dal giorno della *inscrizione* si attribuisce il rango in rispetto agli altri creditori; nell'articolo 2166 dello stesso Codice (1), che al creditori aventi ipoteca *inscritta* gliela conserva, ancorchè l'immobile passi in qualunque altro possessore; nel successivo articolo 2167 (2), che dichiara restare il terzo possessore obbligato in vigore della sola *inscrizione;* e finalmente dell'articolo 2198 (3), che dispone non nuocere al terzo possessore i pesi ommessi nel certificato rilasciato dal conservatore.

La ragione della legge suffraga poi la nostra tesi; poichè la pubblicità delle ipoteche dovrebbe concepirsi diretta a due scopi: l'uno a dare una forma probatoria all'inscrizione, in modo che ipoteca ed inscrizione, fossero veramente sinonimi; però questo non è dato che nel sistema tavolare e non nel francese, come dicemmo: l'altro di dare all'ipoteca almeno una forma negativa, eliminante tutte quelle pretese che non sieno inscritte: perciocchè siccome le non inscritte dovrebbero risultare da varii elementi difficili a comporre, i terzi, che hanno avuto una semplice notizia di essa, non ponno farsi carico d'un diritto che nè possono constatare, e se pure il possono, essendo egli temporale ed accessorio, può anche colla massima probabilità essere estinto, o invalido, o rinunciato.

7. Dal principio, che lo scopo dell'inscrizione ipotecaria sia la pubblicità, discende questo ultimo corollario: che tutti coloro, che acquistano diritti sul fondo ipotecato, o sopra il credito inscritto, non possono allegare ignoranza dell'inscrizione stessa, e non ponno sottrarsi alla efficacia reale della medesima.

Siffatta è la disposizione del succitato articolo 2167 del Codice civile francese, che il terzo possessore resta obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecarj *in vigore* della sola inscrizione (4). E più chiaramente il nostro corollario si conferma nel § 443 del Codice civile austriaco, ove si ha: « colla proprietà delle cose immobili si assumono anche i pesi ad esse inerenti, inscritti nei libri pubblici. *Chi non esamina questi libri è soggetto in tutti i casi alle conseguenze della sua negligenza.* Altre pretensioni ed altri diritti, che taluno ha contro il precedente proprietario, non passano nel nuovo acquirente ». Basevi critica questa legge, con una ragione che non sappiamo come sia attendibile. Poichè dice che non sia applicabile, se non nel sistema d'intavolazione, e soggiunge che, e il possessore non può essere personalmente obbligato al debito inscritto giusta il § 928, e soggiaccia solo al peso del vincolo ipotecario per gli effetti del § 466, cioè come terzo possessore. Se non che nell'ultima edizione delle sue *Annotazioni*

(1) Nostro § XLVI. Art. 2254 Cod. di Parma, art. 2161 Cod. siciliano, art. 2283 Cod. piemontese, art. 120 motuproprio toscano, art. 2254 Cod. estense.

(2) Vedi il numero successivo.

(3) Al quale corrispondono gli art. 2254 Cod. di Parma, art. 2099 Cod. siciliano, art. 2322 Cod. albert., art. 234 Regolam. gregoriano, art. 192 motuproprio toscano, art. 2255, Cod. estense.

(4) A quest'articolo corrispondono gli artic. 2861 Cod. delle due Sicilie, art. 2256 Cod. di Parma, art. 2285 e 2284 Cod. albertino, art. 2254 e 2243 Cod. estense.

pratiche (opera d'altronde utilissima per chiarezza e sapore legale) si sarebbe ricreduto: e il dovea perchè colla scorta dei principii della dottrina ipotecaria le espressioni di quel § non avrebbero potuto essere redatte con maggior lucidezza. Ella è pure una degnità cardinale che il possessore non rimane sottoposto che ai pesi reali dello stabile. Per dubitare che la legge avesse voluto il contrario bisognava che si fosse espressa in modo assai più esplicito. Ma ella dice semplicemente che assume *i pesi inerenti* alla proprietà, non quelli inerenti alla libertà personale del precedente proprietario; e di più soggiunge che il possessore assume questi pesi in quanto sieno inscritti nei pubblici libri. Ed in ciò la differenza tra il sistema tavolare e il nostro dovea consigliare al comentatore lombardo che ci ha quest'unica differenza: che nel sistema tavolare l'inscrizione costituisce in prò del creditore una presunzione *juris* della legittimità della sua ipoteca, la quale col possesso triennale si completa come un diritto superiore ad ogni eccezione: nel nostro sistema invece l'inscrizione non è che una forma necessaria alla realità dell'ipoteca; non però esentua il creditore dal provare la legittimità stessa con quella degli atti e degli elementi costitutivi del suo diritto.

§ XLIX.

Le inscrizioni e le prenotazioni conservano l'ipoteca per il corso di dieci anni. Cessa il loro effetto se non si sono rinnovate prima della scadenza di detto termine, che decorre dal giorno immediatamente successivo a quello della loro data. Però, nel caso in cui l'ultimo giorno del decennio fosse feriato, la domanda di rinnovazione può presentarsi nel giorno immediatamente successivo. La rinnovazione si chiede mediante due note, che devono contenere quanto è prescritto per le prime inscrizioni, e si possono dirigere contro la persona, o le persone colpite dalla prima inscrizione speciale, quand'anche l'immobile ipotecato sia in questo frattempo passato nel possesso degli eredi o dei terzi. Ad esse note si unisce in allegato la nota della precedente inscrizione col relativo certificato, ovvero la relativa copia dei registri delle ipoteche. Se la rinnovazione non si fosse chiesta in tempo utile, rimane salvo il diritto di una nuova regolare inscrizione, sino a che il titolo dell'ipoteca non sia a termini di legge estinto.

Arg. dall'art. 2154 del Codice civile francese,
dall'art. 40 del Regolamento ital. 16 aprile 1806,
dall'art. 29 del Decreto ital. 25 ottobre 1808,

dagli art. 11-14 del Decreto 12 dicembre 1812,
dagli art. 13, 17 e 18 della sovrana Patente 19 giugno 1826,
dall' art. 8 della Circolare d' Appello veneto 11 settembre 1827,
dalle Notificazioni governative lombardo e veneta 25 maggio 1828,
dalle Circol. gov. veneta 9 giugno 1828, e 7 gennajo 1830,
dalla Circ. dell' Appello ven. 28 dicembre 1836, del Magistrato camerale ven. 6 marzo 1837, dallo stesso Appello 5 settembre 1837.
dalla Notificaz. gov. ven. 23 novembre 1837,
dalla sovrana Risoluzione 7 settembre 1847,
dalle Notificazioni 10 gennajo, 12 febbrajo e 9 marzo 1850 dell' i. r. Luogotenenza lombarda, e
dalle Notificazioni 3 gennajo e 13 marzo 1850 dell' i. r. Luogotenenza di Venezia.

SOMMARIO.

1. Come sia necessaria la rinnovazione decennale delle inscrizioni ipotecarie.
2. Vicende di questa prescrizione nelle provincie lombardo-venete.
3. Le rinnovazioni sono di tre specie: per il cambiamento di giurisdizione degli ufficii ipotecarii; per la conversione delle ipoteche generali in ispeciali; e le rinnovazioni decennali.
4. Come si computa il decennio.
5. Chi può chiedere, e come si deve chiedere la rinnovazione.
6. Quali sieno le condizioni e i requisiti intrinseci della domanda di rinnovazione.
7. Quali sieno gli effetti d'una rinnovazione valida, e d'una rinnovazione che fosse invalida, o fosse stata ommessa.
8. In quali circostanze si può ommettere di praticarla. Criterio deduttivo. 1. caso: se l' inscrizione scadde dopo aperto il concorso sui beni del debitore ipotecario.
9. 2. caso: se l' inscrizione scadde durante la ventilazione dell' eredità giacente o beneficiaria.
10. 3. caso: se scadde dopo promossa l' azione ipotecaria.
11. 4. caso: se scadde dopo l' inscrizione del pignoramento, e prima della notifica da farsi ai creditori per la subasta.
12. 5. caso: se scadde dopo la notifica della subasta.
13. 6. caso: se scadde dopo la delibera all' asta giudiziale del fondo ipotecato.
14. 7. ed 8. caso: se scadde dopo la citazione dei creditori pel giudizio d'ordine.

1. L'art. 2154. del Codice francese importa, che le inscrizioni conservano l' ipoteca ed il privilegio per il corso di dieci anni dal giorno

della loro data: cessa il loro effetto se prima della scadenza di detto termine non si sono rinnovate. Questa prescrizione è peculiare alla legge francese, e dagli stessi scrittori francesi è avversata come pericolosa all'interesse ipotecario.

Si è obbligato di convenire, dice Troplong (1), che questo articolo imaginato per facilitare le ricerche sui registri, ha fatto invece ripullurare i processi, de'quali sono riempite le raccolte. Moltissime ipoteche svanirono a danno de'creditori, che riposavano sulle già prese inscrizioni: altre perdettero il grado, perchè le praticate rinnovazioni erano difettose. Nè si può dire che sia questa un'esagerazione; poichè troppo spesso avviene che le persone ingolfate in molti affari, od inesperte in questa sorta di operazioni, dimentichino la rinnovazione alla scadenza: e questa dimenticanza è quasi inevitabile quando l'attenzione degli interessati è impedita o da malattie o da sollecitudini straordinarie. Il qual pericolo riesce tanto più increscioso, in quanto che non si è persuasi che sia assolutamente inevitabile, e non si possa modificare in maniera che i privati non ne sieno molestati, e sia d'altra parte agevolata la manipolazione degli ufficii destinati alla conservazione delle ipoteche. Questa legge sarebbe stata determinata dal riflesso che, se l'iscrizione dovesse essere efficace per tutto il tempo in cui sussisterebbe l'ipoteca per sè stessa, i registri diverrebbero soverchiamente ingombri, difficili le ricerche, possibili le ommissioni. Al che s'aggiunga, come osserva il consiglio di Stato francese coll'avviso 22 gennaio 1808: che siccome il credito ipotecato potea durare e prolungarsi fin'anco ad un secolo, sia con atti di conservazione, sia per un seguito di minorità, il conservatore non avria potuto orizzontarsi in tanto ammasso di registri, che dovrebbe tutti i giorni consultare ogni volta che fosse richiesto d'un certificato d'inscrizione (2).

Noi non niegheremo che, senza porre un limite qualunque alla durata dell'inscrizione, sia per nascere una incalcolabile confusione nei registri pubblici, come sono secondo le leggi francesi e le nostre attuali organizzati. Egli è questo uno fra i gravissimi difetti di questo transitorio sistema di pubblicità, basato non sui dati immutabili della proprietà obbiettiva, ma sopra un repertorio fallace e mobilissimo dei nomi e cognomi delle parti contraenti e dei debitori.

Ma osserveremo con Troplong che ci ha una via di mezzo, tra la confusione derivabile dalla conservazione di tutti i registri antichi, e il difetto opposto di limitare la pubblicità della iscrizione a solo un decennio; e questa via sarebbe quella di limitarne la efficacia, non ad un trentennio (3) che è forse soverchio, ma ad un ventennio. L'esperienza a quest'ora può essere una profittevole maestra. Poichè se alcune legislazioni

(1) *Des priv. et hyp. preface* pag. 27.

(2) Maleville, *analyse du code* art. 2154. Persil, *Regime hyp.* sub. art. 2154. num. 1. Le stesse obbiezioni furono fatte nell'esordio della legge modenese 3 giugno 1825 sulle rinnovazioni ipotecarie.

(3) Troplong, loc. cit.

conservarono la rinnovazione *decennale*, quali il Codice delle due Sicilie nell'art. 2048, quello di Parma art. 2203, gli articoli 160-165 del regolamento degli Stati pontificii, l'articolo 21 della legge svedese 15 luglio 1818, e l'articolo 3333 del Codice della Luisiana (2); altri Codici l'estesero, come l'albertino per l'art. 2238, fino a quindici anni; altri rimasero in sospeso nel prescriverla, come il legislatore di Toscana nell'art. 96 del motuproprio sulle ipoteche, i Codici del Canton Ticino, della Grecia, quello dell'Olanda nell'art. 1236, e la legge ipotecaria di Baviera pubblicata nel giugno del 1822.

E da ultimo il Codice modenese negli art. 2146 e 2209 dichiarò che l'inscrizione dei privilegi e dell'ipoteche conserva la sua efficacia per tutto il tempo che è esercibile a termini di ragione; colla qual disposizione metteva fuor di vigore la legge 3 giugno 1823 che regolava la rinnovazione decennale introdotta dal Codice italico.

2. Ma tant'è che la disposizione dell'art. 2154 fu osservata nel cessato Regno d'Italia per riguardo a tutte le inscrizioni ipotecarie, ossia a tutte quelle ipoteche, le quali per sussistere aveano bisogno assoluto dell'iscrizione. La qual disposizione fu confermata nell'art. 40 del Regolamento 19 aprile 1806, nell'art. 29 del Decreto 25 ottobre 1808, e negli art. 11-14 del Decreto 12 dicembre 1812.

Sopravvenuta la legislazione austriaca, stette lungo tempo in forse per abolirla; e il Governo di Milano colla Notificazione 14 novembre 1816, imitato da quello di Venezia colla Notificazione 28 giugno 1818, dichiarava sospesa fino ad ulteriore disposizione la decorrenza del termine del decennio, *in pendenza*, dicevasi, delle *sovrane determinazioni*.

I Governi e tribunali d'Appello, scrive il consigliere Nippel, credettero che la rinnovazione del decennio contenesse una contraddizione colle massime generali sancite dal Codice civile, e da ciò presero argomento per abrogarla. Perciò verificaronsi di nuovo le difficoltà, ad ovviare le quali quella disposizione era diretta, cioè la mole di quei libri, ed il pericolo che vi incorressero degli errori: la qual cosa eccitò il desiderio di ristabilirla (3).

E la sovrana Patente 19 giugno 1826 (4) dal giorno della sua data fe' cessare quella sospensione, stabilendo che dovesse correre di nuovo come prima, giusta l'art. 40 del Regolamento 19 aprile 1806, alle parti che volessero conservare le loro iscrizioni, l'obbligo di rinnovarle avanti la scadenza del rispettivo decennio, e che cessasse il loro effetto se prima della scadenza di detto termine non si fossero rinnovate: salvo, sino a che l'ipoteca non sia a termini di legge estinta, il diritto di una nuova regolare inserizione, da farsi in forma di ipoteca speciale.

(1) Vedilo in Saint-Joseph, *concordance des Cod. civils.*

(2) Nippel, al § 451, n. 5, Cod. civ. aust.

(3) Art. 13, e 14: pubblicata dal Governo di Milano colla Notificaz. 28 novembre 1826.

E nel caso che il decennio fosse già scaduto durante il tempo della sospensione, ovvero che al giorno della data di quella legge avesse già principiato a decorrere l' ultimo anno del decennio medesimo, ordinavasi che le iscrizioni si dovessero rinnovare entro tutto il mese di dicembre 1827; il qual termine fu dal supremo Senato prorogato a tutto il mese di giugno 1828, come si ha dalle Notificazioni 20 (1) e 25 dicembre 1827 (2) del Governo lombardo.

Tutte le iscrizioni adunque sino al 14 novembre 1816 per le provincie lombarde, e sino al 28 giugno 1818 per le provincie venete, dovettero essere rinnovate alla scadenza del rispettivo decennio, e le iscrizioni posteriori scadute dovettero essere rinnovate entro il mese di giugno 1828; e così successivamente di decennio in decennio (3).

Il Governo veneto colla Circolare 8 gennajo 1830 raccomandava l' osservanza di queste leggi.

Il Governo provvisorio di Milano coi decreti 28 marzo e 18 maggio 1848 sospese il termine decennale per la rinnovazione: sospensione retroattiva al 18 marzo dello stesso anno, ed efficace per tutto il territorio della Lombardia. Questa misura fu confermata anche dopo la ristorazione dell'attuale Governo colla Circolare dell'Appello lombardo del 2 settembre 1848.

E nelle provincie venete da una parte il Governo provvisorio di Venezia col Decreto 22 aprile 1848 in riguardo al territorio della rediviva repubblica, e dall' altra col Proclama 10 luglio 1848, in data di Padova, il tenente maresciallo Welden, in un colla Notificazione 14 settembre dello stesso anno l' Intendenza generale dell'armata austriaca, e colla Notificazione 24 febbrajo 1849 il commissario imperiale Montecuccoli indissero la stessa sospensione della rinnovazione, retroattivamente dal 18 e 22 marzo dell' anno medesimo.

É ritornata Venezia sotto il Governo imperiale, questo colla Notificazione 28 agosto 1849 tenne ferma la sospensione.

Poco stante ristabilita la pace nel Regno, si ritornò all' antico sistema, e l' obbligo della rinnovazione fu rimesso in vigore nelle provincie lombarde col 1 aprile 1850, mediante la Notificazione 10 gennajo, l'Avviso 12 febbrajo e la Notificazione 9 marzo 1850 della Luogotenenza lombarda; e nelle provincie venete colla Circolare 28 dicembre 1849 dell'Appello veneto; e colle Notificazioni 3 gennajo e 13 marzo 1850 della Luogotenenza di Venezia si dichiarò che il 31 maggio fosse l'ultimo giorno, nel quale scadeva la sospensione del decennio per le rinnovazioni (4).

Da noi adunque qualunque inscrizione ipotecaria si prescrive naturalmente nel decorso di dieci anni, a meno che si rinnovi con un'apposita inscrizione.

(1) Cui corrisponde la Notificaz. del Gov. veneto, pari data, e num. 22561-6333.

(2) Cui corrisponde la Notificaz. pari data del Gov. di Venezia, num. 22575-6396.

(3) Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. 13, pag. 396. Mattei, *Cod. civ. aust. dir. di pegno*, appendice 1. art. 2154, n. 1, vol. 2, pag. 505.

(4) Mattei, vol. 2, pag. 505, n. 12.

E siccome da noi non ci sono ipoteche valide le quali nello stesso tempo non appajano inscritte sui registri ipotecari, sia che dipendano da titolo legale o giudiziario, ovvero da convenzioni (1), perciò avviene che nessuna di essa vada esente dalla prescrizione decennale, e dall'obbligo della rinnovazione.

E non v' ha differenza tra inscrizione e prenotazione; tutte rinnovare si debbono: così prescrive l'art. 18 della sovrana Patente 13 giugno 1826: come non ci ha differenza tra l'ipoteca e il pignoramento giudiziale, in quanto che quest'ultimo coll'inscrizione contiene un'ipoteca: epperciò dev' essere rinnovato alla scadenza del decennio. (2)

Le altre legislazioni, le quali conservarono le ipoteche legali senza inscrizione, dovettero tollerare la perpetuità di quella inscrizione che si fosse fatta: come rescrisse il Consiglio di stato francese coll' Avviso 22 gennajo 1808 (3). Le legislazioni che vollero sottomesso all'inscrizione tutte le ipoteche legali, doveano essere conseguenti nel volerle sottoposte alla rinnovazione; e ciò fu fatto dal Codice civile di Parma nell'art. 2207. Altre leggi però furono meno conseguenti, come la legge del brumale nell'art. 23 (4), quella del Codice albertino negli art. 2239-2241, e il Regolamento legislativo di Gregorio XVI negli articoli 161-164: le quali mantennero efficaci le ipoteche legali quand' anche non fossero rinnovate: eccezioni gravissime, che si sarebbero evitate facilmente coll' adottare un sistema tutelare simile all'austriaco. Se non che nella legge romagnuola si ingiunge al conservatore di rinnovarne le inscrizioni alla scadenza del decennio, d' ufficio, e sotto sua responsabilità in faccia ai terzi.

3. Non una, ma tre sarebbero le specie di rinnovazione ipotecaria.

La prima è quella che in seguito ai cambiamenti o trasporti giurisdizionali d'un ufficio ipotecario avesse dovuto farsi, secondo che nei casi particolari sarebbe stato prescritto da leggi speciali. E di questa specie abbiamo in pronto varii esempii nell'articolo 15 della succitata Patente 19 giugno 1826, e nelle Notificazioni governative venete 27 settembre e 27 ottobre 1854: leggi da noi citate nel § XXIII, n. 2, ove parlammo della giurisdizione ipotecaria.

La seconda specie di rinnovazione è quella che fu ordinata dalla stessa sovrana Patente 19 giugno 1826 per convertire le ipoteche generali in speciali. E pur di questa specie prendemmo parola nel superiore § XXII, num. 5 (5), ove discorremmo sulla progressiva attuazione della pubblicità e specialicità nel nostro sistema ipotecario.

La terza specie è quella di che trattiamo nel presente §.

(1) § XXII.

(2) Così fu giudicato in I e II istanza colle senl. 10 marzo 1852, e 25 giugno 1852, riferite da Beretta, Giorn. di giurispr. prat. an. VII, 1854, n. 1, vedi al § LIX.

(3) Persil, art. 2154, num. 1.

(4) Persil, loro citato.

(5) Vol. I pag. 495-497

Le leggi francesi non additano alcuna norma sulle formalità necessarie alla validità della rinnovazione; onde non è meraviglia se la consecutiva giurisprudenza errasse tra una pericolosa indulgenza e dei gravissimi dubbii; i quali certo non possono tollerarsi in questo momento solenne della pubblicità ipotecaria.

La legge austriaca non tardò gran tempo a sopperire a tanto bisogno con positive e circostanziate disposizioni. La sovrana Patente 19 giugno 1826, oltre quel preziosissimo beneficio dell'aver sottomesso ad inscrizione speciale le precedenti ipoteche occulte e generali (1), regolò questa pratica delle rinnovazioni nel modo seguente.

Art. 17. » Le note in doppio per le rinnovazioni delle inscrizioni ipotecarie ordinate in questo capo 2° (2), devono contenere quanto era prescritto per le prime inscrizioni, e saranno conformate secondo le norme indicate nell'art. 7 (3), ed in esse dovrà inoltre essere accennata la data della prima inscrizione, ed indicato l'ufficio nel quale è seguita . . . »

Art. 18. » Per la rinnovazione delle inscrizioni dovrà prodursi come allegato, in luogo dei documenti, la nota della precedente inscrizione col relativo certificato, ovvero la relativa copia dei registri delle ipoteche, e ciò senza distinzione fra ipoteche anteriori ovvero posteriori all'attivazione del Codice italiano . . . »

Art. 27. » Colle operazioni ordinate nel precedente capo 2 (nel quale si dispone appunto delle rinnovazioni) non s'intenderanno sanati i difetti e le nullità, alle quali fossero soggette le prime inscrizioni, e rispettivamente le rinnovazioni, salvo però, in quanto le dette operazioni fossero regolari, gli effetti indicati nell'art. 8, dovendosi cioè riguardare semplicemente come una prima inscrizione, avente effetto soltanto dal giorno in cui sarà seguita, e soltanto a carico dei beni a tale epoca posseduti dal debitore. . . . »

Le altre legislazioni italiane le quali adottarono la rinnovazione ipotecaria per ogni periodo di dieci o più anni, ad eccezione di quella delle due Sicilie, adottarono tutte de' savii e ben finiti provvedimenti per questa importante materia: come si può vedere negli articoli 2203-2207 del Codice civ. di Parma, negli art. 2238-2242 del Codice albertino, nella legge modenese 3 giugno 1823 e messa poscia fuor di vigore dal Codice estense, meglio di tutte nella legge ipotecaria di Romagna, nell'apposito capitolo VI. (art. 160-177). Di queste disposizioni dovremo tener calcolo come di grande ajuto nell'analisi delle nostri leggi; per la quale ci proponiamo le seguenti ricerche: 1° come si deve computare il decennio; 2° chi possa

(1) Vedi il superiore § XXII, n. 6.

(2) Vedi il superiore n. 2.

(3) In quell'art. 7 si ordina l'inscrizione delle ipoteche tacite legali secondo le norme del titolo 3 sezione 5 del Regolamento 19 aprile 1806 e del titolo 2 cap. I-IV del Decreto 25 ottobre 1808 per l'inscrizione dei privilegi; ma, siccome per il capo 3 della stessa sovr. Patente 19 giugno 1826 quelle ipoteche e quei privilegi si dovettero specializzare, ne venne che le forme dell'inscrizione dovettero essere quelle comuni, che abbiamo dispiegate nel § XXIV.

chiedere la rinnovazione e come si chiegga; 3° cosa supponga, e cosa debba contenere, ossia quali sieno i requisiti d'una valida rinnovazione; 4° quali ne sieno gli effetti; 5° in quali circostanze non sia più necessario di praticarla.

4. Come si computa il decennio? È questa presso i francesi una ricerca assai disputata, e contradditoriamente risolta nella pratica dei tribunali; perciocchè comprende tre quistioni in una volta. La prima se il decennio dovesse computarsi comprendendo in esso il giorno dell'inscrizione, e se si dovesse escluderlo per l'adagio forense, ***dies a quo non computatur in termino***. La seconda, nel caso che questo giorno fosse escluso, se si potesse praticare la rinnovazione nel giorno susseguente all'ultimo giorno del decennio, per l'altro adagio (che ve ne ha a dovizia per tutte sorta di opinioni) ***dies ad quem non computatur in termino; dies termini non computatur in termino.***

Però in questi due casi l'opinione più comunemente ricevuta oggidì nella giurisprudenza francese è quella che esclude dalla computazione del decennio il giorno *a quo*, cioè quello in cui fu presa la inscrizione da rinnovarsi, e nello stesso tempo esclude il giorno susseguente al decennio, perciocchè in quel dì quel periodo è scaduto, e il creditore non si uniformerebbe alla legge che prescrive la rinnovazione prima della scadenza (1).

A queste difficoltà se ne aggiunga una terza nel chiedere, se gli anni del decennio debbano computarsi secondo il calendario gregoriano colla distinzione degli anni di 365 giorni, e dei bisestili di 366, ovvero l'anno legale fissato nel § 902 del Codice civile austriaco invariabilmente a giorni 365.

Però quest'ultima difficoltà rimarrebbe sciolta da una fina osservazione di Winiwarter, il quale afferma che la determinazione del § 902 è applicabile solamente nel caso che il termine sia prefisso in certo numero di mesi senza riguardo a quelli del calendario, come per esempio nei §§ 138 e 155-159. Ma se nel contratto è prefisso un termine di mesi nominatamente indicati, voglionsi intendere quelli del calendario. Chi per esempio prende a pigione una casa per tre mesi dal 1 gennajo, la gode per tutti i tre mesi di gennajo, febbrajo e marzo, senza aver riguardo a ciò che il mese di febbrajo sia di 28 o 29 giorni. Diffatti, se anche in questo caso si volesse seguire la regola di calcolare il mese di 30 giorni, l'anno risulterebbe solo di giorni 360, e il § 902 involgerebbe una contraddizione, siccome quello che a un tempo statuisce doversi l'anno computare di giorni 365. Quindi inferisce che non è a ritenersi che nelle determinazioni che dipendono dal decorso di più anni, come per esempio la computazione dell'età, o nei termini della prescrizione, il Legislatore

(1) Grenier, *hypoth.* num. 107, Troplong, *des priv. et hyp.* num. 293-314 e 714.

abbia voluto ammettere il penosissimo calcolo de'singoli giorni; ma in simile caso si ha riguardo all'anno del calendario (1).

Però quest' ultima quistione e le precedenti vennero troncate felicemente dalla sovrana Risoluzione 7 settembre 1847, la quale coll'aver approvata la seguente declaratoria ci esentò da ulteriori ricerche. » Il termine di anni 10 prescritto dall' art. 2154 del cessato Codice italiano e dall'art. 40 del Regolamento ipotecario 19 aprile 1806 per la conservazione dell' ipoteca, decorre col giorno immediatamente successivo a quello della seguita inscrizione stessa che s' intende di rinnovare; per conseguenza una inscrizione presa, per esempio nel 20 dicembre 1836, deve rinnovarsi alla più lunga nel 20 dicembre 1846; e nel caso in cui l'ultimo giorno del decennio cadesse in un giorno in cui sono chiusi gli ufficii dei conservatori delle ipoteche, la domanda di rinnovazione può validamente presentarsi nel giorno immediatamente successivo al giorno feriale. » (2)

Diciamo essersi provveduto con questa legge all'urgenza delle quistioni proposte. E diffatti si confermò la superiore conclusione che il decennio si computa avuto riguardo al calendario gregoriano; poichè nell' esempio adotto l'inserizione presa il 20 dicembre 1836, si fece scadere nel giorno 20 dicembre 1836, cioè dopo dieci anni computati secondo quel calendario.

In secondo luogo si determinò positivamente qual fosse il giorno ultimo in cui può essere utilmente praticata la rinnovazione. In terzo ed ultimo luogo si provvide in simile modo al caso comunissimo che quest' ultimo giorno scada in un dì feriato, in cui gli uffici ipotecarj fossero inaccessibili. E furono queste delle ottime decisioni, secondo la dottrina di Grenier che insegnava: doversi la legge in questa dubbiezza interpretare piuttosto nel senso della conservazione del diritto che non della caducità sua, e che quindi il giorno in cui fu presa l' inscrizione da rinnovarsi, non si debba contare nel decennio; e se l' ultimo giorno di questo periodo scadesse in giorno feriato, potesse utilmente rinnovarsi l' inscrizione all' indomane. Io deduco questa mia conclusione, soggiunge il medesimo, da questo riflesso, che non si può imputare a negligenza l'omissione di ciò che non si è potuto fare per una circostanza indipendente dalla volontà di chi dovea adoperarvisi. Pretendere che il creditore avesse dovuto prevedere siffatto inconveniente, sarebbe stato uno spingere troppo lungi la severità della legge, si sarebbe richiesto qualche cosa di più di ciò

(1) Winiwarter, *Dir. civ.* vol. 4, § 41, al § 902, del Cod. civ. aust. Degli Sforza, *Dir. di pegno*, cap. 13, pag. 397. e con lui Basevi, annotaz. ai §§ 902, 413 e 1463 del Cod. civ. aust., adottano la stessa conclusione, ma in base all' art. 40 del Reg. 19 aprile 1806, della Notificaz. 16 marzo 1816, della sovr. Pat. 19 giugno 1826, che non hanno verbo in questo argomento.

(2) Pubblicata colla Notificaz. 13 ottobre 1848 del Commissario imp. plenipotenziario Montecuccoli, e colla Circolare dell' Appello di Venezia del 5 ottobre 1847, e dell' Appello lomb. del 9 dello stesso mese.

che la legge stessa richiede, volendo che si pratichi la rinnovazione prima della vera scadenza del decennio (1).

Si dubitò nel caso d' un'ipoteca generale in origine, la quale sarebbe stata specializzata in seguito alla sovrana Patente 19 giugno 1826, se il decennio della rinnovazione si dovesse computare come decorso dalla prima inscrizione generale, ovvero dall' epoca della sua trasformazione in ipoteca speciale.

Nell' art. 13 della succitata Patente erasi prescritto in termini generali che: » quest'obbligo di rinnovare l' inscrizione si estende anche a tutte le specie d' ipoteca contemplate nei due primi articoli della presente legge (cioè appunto alle ipoteche legali di cui diciamo), ed il decennio per esse decorre dal giorno dell' inscrizione, che già si fosse fatta prima d'ora, ovvero che si facesse in virtù della legge medesima.

In questa emergenza il Governo di Venezia colla Circolare 14 settembre 1834 suggeriva alle Amministrazioni delle cause pie: essere cauto e prudente che avessero a rinnovare le inscrizioni entro il decennio computabile dal giorno della seguita rinnovazione (delle ipoteche generali), anzichè da quello della trasformazione. Se ciò fosse avvenuto, noi dubiteressimo che quelle rinnovazioni fossero valide; perchè, come osservò Foramiti, per la sovrana Patente del 1826 furono abolite le ipoteche generali; le quali perciò non devono più apparire nei registri ipotecarii se non nella forma d'inscrizioni speciali; e solamente queste iscrizioni fatte dappoi ottennero un' esistenza giuridica, ed esse sole risultarono meritevoli della rinnovazione (2).

E questa conclusione fu poi espressamente confermata dal Rescritto 24 febbrajo 1837 num. 3331 della Camera aulica, comunicato dal Senato lombardo-veneto col Decreto 12 agosto successivo (3).

Rimane a chiedere se nel rinnovare una prenotazione si debba computare il decennio dal giorno della prenotazione, cioè dell' inscrizione preventiva, o piuttosto dal giorno dell'annotamento di conferma. Nell'art. 18 della succitata sovrana Patente del 1826 non si raccoglie altro se non che si debbono rinnovare *le prenotazioni anche giustificate.* Le altre leggi non sono più concludenti; eccettochè il Magistrato camerale lombardo nell' art. 3 delle istruzioni 8 ottobre 1836, diramate in via amministrativa, raccomandava che si rinnovassero le prenotazioni entro il decennio de-

(3) Grenier, *hyp.* num. 107. Sono però contrarii a questa conclusione (dando l' opportunità della nostra legge), Toullier, *droit civ.* tom. 7. n. 55. Troplong. *des priv. et hyp.* num. 714. È invece adottata nell' art. 3 della legge modenese 3 giugno 1825.

(1) Foramiti, *Encicloped. legale*, tom. 3. pag. 117. verb. *inscrizione ipotecaria*, alinea, *rinnovazione delle ipoteche.*

(2) Il qual Decreto fu pubblicato dall'Appello veneto colla Circolare 5 settembre 1837, dall' Appello lombardo colla Circolare del giorno 7 dello stesso mese, dal Governo Veneto colla Circolare 23 novembre, e dal Magistrato camerale pur di Venezia colla Circolare 6 marzo dello stesso anno 1837. La stessa conclusione era stata pur raccomandata dal Magistrato camerale lombardo nell' art. 2 delle istruzioni 8 ottobre 1836.

corso dalle prenotazioni, non dal posteriore annotamento di conferma. Era però cautela, non regola di diritto. Tuttavia noi pensiamo che la vera inscrizione ipotecaria sia la prenotata, come pur dissimo nel § XXXVIII, la quale sola pone in essere il diritto reale e la priorità conseguente. L'annotamento posteriore non è prestabilito dalla legge che per impedire al debitore di far cancellare la prenotazione, come non fosse mai stata confermata. Aggiungeremo però questo riflesso, che se l'annotamento posteriore avesse tutti i requisiti voluti per una regolare rinnovazione, sarebbe egli stesso da parificarsi ad un'iscrizione di rinnovazione, e non conchiuderebbe che in esso si dicesse, non di rinnovare, ma di confermare la precedente inscrizione: perchè anche la rinnovazione è per sè stessa una conferma.

5. Ora dobbiamo vedere chi è quegli che deve chiedere la rinnovazione, e come deve porgere la sua domanda.

Già nel § XXV abbiamo indicato quali persone potessero chiedere l'inscrizione originaria; nè crediamo che ci possa essere una ragione più esclusiva per la domanda della rinnovazione; la quale pur si risolve in una seconda inscrizione, che dev'essere formulata nel modo stesso dell'inscrizione da rinnovarsi, salvo le menzioni accessorie e sue proprie, delle quali diremo in seguito.

Dalle cose dette in quel luogo deduciamo che possano chiedere la rinnovazione le persone che hanno diritto alla medesima (1), ovvero i procuratori, gli eredi, i successori, i cessionarii o subentrati nelle ragioni delle persone medesime; i quai terzi devono poi presentare in forma autentica il rispettivo titolo di procura, rappresentanza, cessione o subingresso, e se il creditore è defunto, il decreto del giudice.

Queste conclusioni si trovano confermate delle leggi austriache vigenti. Perciocchè la sovrana Patente 19 giugno 1826 nell'art. 13 dice che *alle parti che volessero conservare le loro inscrizioni* corre di nuovo l'obbligo di rinnovarle avanti la scadenza del rispettivo decennio. E nell'aulico Decreto 15 dicembre 1829 il Senato lombardo-veneto rescriveva: » chi ha ottenuto sopra una pretesa ipotecaria un suppegno inscritto nei pubblici libri è autorizzato di effettuare in forza della legge, come il proprietario di questa pretesa, entro il prescritto termine del decennio, la rinnovazione dell'inscrizione della medesima, onde colla di lei estinzione non vada perdulo il suo diritto di suppegno. » (2) E per riguardo alle

(1) Le Delegazioni provinciali hanno l'obbligo di rinnovare le inscrizioni relative alle fidejussioni pei periti, ingegneri civili, architetti: Circolare del Governo veneto 4 maggie 1815. Le cauzioni ipotecarie dei conservatori devono rinnovarsi a cura dei tribunali civili di I istanza: Circolare 11 gennajo 1815 dell'Appello veneto. Lo stesso è prescritto per la cauzioni dei notaj: Circolare 20 aprile 1815 dell'Appello veneto.

(2) Decreto pubblicato dalla Circolare 29 Dicembre 1829 dell'Appello di Venezia, e dalla Notificazione del Governo lombardo 31 dicembre 1829. Vedasi il seguente § LIII, n. 4, e seg.

ipoteche di pertinenza attiva delle mogli, de' minori o degli interdetti, la succitata Patente 19 giugno 1826 nell'articolo 20 disse applicabili circa l'obbligo della rinnovazione, anche le disposizioni e prescrizioni contenute nei seguenti articoli: disse cioè obbligati principalmente i mariti, i tutori e curatori, e i padri legali amministratori dei beni de' loro figli, non escluse le figlie maritate durante la loro minore età: e nello stesso tempo anche gli eredi ed aventi causa dalle mogli, e quegli individui che abbiano cessato d'essere minori e gli eredi ed aventi causa dai medesimi (art. 4). Sono ammessi a chiedere l' inscrizione (quindi la rinnovazione) anche le mogli, i minori, e gli interdetti, in attualità di matrimonio, di tutela o di cura, e così pure i parenti dei medesimi, ed in mancanza di parenti qualunque altra persona (art. 5). Per le ipoteche competenti ai minori e alle persone soggette a cura, l'adempimento delle inscrizioni (e quindi ancora delle rinnovazioni) è anche specialmente raccomandato alla vigilanza dei giudizii pupillari. A tal fine dovranno le persone, ad istanza delle quali si sarà eseguita l' inscrizione (e la rinnovazione), darne notizia al giudizio competente per la tutela o curatela, in iscritto, ovvero verbalmente a protocollo, e produrre il duplicato della nota presentata all'uffizio delle ipoteche, col relativo certificato dell'uffizio medesimo, onde il giudice possa conoscere quali tutele o curatele rimangano ancora senza inscrizione regolare (ossia senza rinnovazione.)....

Se i tutori, curatori e padri legali amministratori, od altri per essi non hanno soddisfatto a questo loro obbligo, il giudice farà uso dei mezzi coattivi adattati alle circostanze; prima però che scada il termine stabilito (cioè il decennio), dovrà esso giudice far eseguire d' ufficio la voluta inscrizione (e rinnovazione) (art. 6). I mariti tutori e curatori, ed i padri legali amministratori, che entro il termine loro fissato non avessero fatto seguire l'inscrizione, saranno responsabili dei danni, che da ciò potessero derivare alle mogli, ai minori ed agli interdetti (art. 9 della succitata sovrana Patente.)

Dall'autorità di queste leggi è snebbiato ogni dubbio circa le rinnovazioni, che chiunque estraneo potrebbe domandare pei minori e gli interdetti. Potria chiederla anche quegli che avesse un suppegno sull'inscrizione da rinnovarsi. Quindi possiamo inferire che il potrebbe anche un cessionario o surrogato, od un erede. Ma rimane ancor dubbio se queste persone la possano chiedere, senza provare il loro interesse o l' autorizzazione avuta dal creditore: senza esibire cioè, come dissimo cogli art. 54 e 55 del Regolamento 19 aprile 1806, il rispettivo titolo di cessione, surroga, o rappresentanza, in forma autentica. Un decreto del tribunale d'appello di Venezia, in data 3 settembre 1839 rimetteva un conservatore ad attenersi alla pratica in corso, facendosi presentare, e trattenendo in ufficio le cessioni e gli atti di morte e di successione in forma autentica, nei casi che la rinnovazione di una inscrizione venisse

(1) Succitato § XXV, n. 1, e 2, vol. 1, pag. 557.

chiesta dall'erede o dal cessionario (1). Ma questa pratica sarebbe necessaria quando si chiedesse la rinnovazione in testa dell'erede o del cessionario (2), non quando si chiedesse una semplice rinnovazione. In questo riguardo le leggi tacciono; nel silenzio della legge noi persisteremo nell'accogliere l'opinione di Tarrible, che vorrebbe agevolare ai terzi l'occasione di prestarsi all'utilità dei creditori. Poichè tra l'inscrizione e la rinnovazione ci sarebbe in questo punto una favorevole differenza. I terzi non potrebbero chiedere l'inscrizione pel creditore, perchè, trattandosi di acquistare con essa un diritto reale, bisognerebbe che il creditore stesso manifestasse la sua volontà; e se non richiedendola non la manifesta, si potrebbe ragionevolmente supporre che per il momento vi rinunciasse. Questa presunzione si avvalora tanto più da ciò che il creditore, nel momento che stipula ed ottiene il titolo ipotecario, non gli è difficile di chiedere insieme l'inscrizione: ma se vi soprasiede, è manifesto indizio che vuole positivamente sospenderla per alcun tempo. Non così avverrebbe della rinnovazione: perchè trattandosi di rinnovare, e quindi di conservare l'inscrizione, è più facile il presupporre che il creditore ne abbia l'intendimento: e si può anche facilmente imaginare che egli sia impedito di provvedervi da sè, per assenza od alcun altro impedimento (3).

6. La domanda della rinnovazione per essere valida (supposto che sia fatta in tempo debito), richiede che l'inscrizione originaria sia valida tuttora; perchè, come vedemmo coll'articolo 27 della sovrana Patente 19 giugno 1826, con questa novella operazione non s'intendono sanati i difetti e le nullità, alle quali fosse soggetta l' inscrizione da rinnovarsi, o la inscrizione già rinnovata e da rinnovarsi ulteriormente. E di vero la rinnovazione suppone qualche cosa di rinnovabile; ma ciò che non può essere efficace in nessun tempo, è a reputarsi in diritto come assolutamente nullo. Se il creditore nella rinnovazione riproducesse delle più esatte indicazioni, varrebbero queste a far valere questa seconda inscrizione; la quale però starebbe solamente come una nuova inscrizione, e avrebbe effetto soltanto dalla propria data. Questo corollario è accreditato nell'articolo 173 della legge ipotecaria di Romagna a questo modo: « potrà il creditore nella rinnovazione aggiungere ciò che venne omesso nella prima o rettificarne gli errori: se le omissioni fossero sostanziali . . . la rinnovazione si riterrà come nuova inscrizione, da avere effetto dalla sua data » (4).

La rinnovazione ha insieme questi due caratteri: è per sè stessa una inscrizione, ed è un'inscrizione rinnovatrice d'una inscrizione precedente.

(1) Verda Raccolta delle leggi ipot. pag. 307.

(2) Vedi § LI.

(3) Però nella legge modenese 3 giugno 1825, art. 17, si richiede questa giustificazione.

(4) Art. 6, delle istruzioni 8 ottobre 1836 del Magistrato camerale lombardo.

Come inscrizione dev'essere chiesta presso l'ufficio competente (§ XXIII), ossia presso lo stesso uffizio in cui seguì la primitiva inscrizione (1).

Questa domanda si pratica coll'esibire al conservatore due note simili a quelle, che sono prescritte nell'art. 2148 del Codice civile francese (2). I combinati articoli 17 e 7 della sovrana Patente 19 giugno 1826 dicono espressamente: che le note in doppio per le rinnovazioni delle iscrizioni ipotecarie devono contenere quanto era prescritto per le prime inscrizioni, e saranno conformate secondo le norme indicate nel Regolamento 19 aprile 1806 e nel Decreto 25 ottobre 1808. Così è pur disposta in via amministrativa nelle istruzioni diramate l' 8 ottobre 1836 dal Magistrato camerale lombardo.

Considerata la rinnovazione nel suo carattere speciale di rinnovazione, ne viene che il creditore deve indicare questo carattere, ossia, come prescrive l'art. 17 della succitata Patente « deve accennare nelle note la data della prima inscrizione, ed indicare l' uffizio nel quale è seguita ».

Analogamente a ciò che dissimo nel § XXIV osserveremo, che la presentazione delle note non saria formalità veramente essenziale. Il conservatore potria rifiutarsi, è vero; ma potrebbe accontentarsi, come è prescritto nell' art. 2206 del Codice civile di Parma, che il creditore gli presentasse la cartella dell'inscrizione da rinnovarsi, od il certificato analogo, ed egli la trascrivesse e la restituisse col certificato a'piedi della praticata rinnovazione. Bisognerebbe però che egli trascrivendola menzionasse l'atto della rinnovazione.

Ed in quel modo che per ottenere l'inscrizione originaria il creditore dovette presentare al conservatore il titolo giustificativo della medesima, così per chiedere la rinnovazione deve pur esibire, come prescrive l'articolo 18 della stessa sovrana Patente, » la nota della precedente inscrizione col relativo certificato, ovvero la relativa copia dei registri delle ipoteche anteriori o posteriori all' attivazione del Codice italiano ». La presentazione di questa nota è formalità necessaria, perchè preordinata a garanzia del debitore e dei terzi, onde non si trovino aggravati o posposti da inscrizioni senza causa (3). Però il conservatore non potria rifiutarsi alla chiesta rinnovazione, come dissimo poter egli fare quando non gli fosse esibito il titolo per l'inscrizione (§ XXIV n. 1), se prima egli stesso non avesse modo di verificare ne' suoi registri l' esistenza dell'iscrizione da rinnovarsi; perciocchè egli deve adoperarsi con tutto lo zelo alla conservazione delle ipoteche affidate al suo ufficio, fare le opportune ricerche, suggerire gli emendamenti, agevolare la legittimità degli atti ai quali è richiesto.

La menzione da farsi nella novella inscrizione che sia rinnovatrice di una precedente è una formalità essenziale, perchè caratteristica di questa seconda inscrizione. Senza di essa i terzi non potrieno imaginarsi che

(1) Legge modenese 3 giugno 1825 art. 8-11.

(2) Nostro § XXIV, Persil, *Regime hyp.* art. 2134, num. 4.

(3) Formalità prescritta anche nell' art. 18 della legge modenese.

fosse un inscrizione di rinnovazione; essi avrieno ragione di credere che ella fosse una prima inscrizione, avente efficacia dalla sua data. Della qual cosa non si capacitarono gli scrittori francesi (1); anzi pretenderebbe Troplong non essere necessaria questa enunciativa, perchè l'omissione di essa non nuocierebbe ai creditori posteriori del primo decennio, conoscendo essi l'antecedente inscrizione (2). Eppure è manifesto che un' inscrizione deve contenere tutto quanto è necessario all'interesse dei terzi; che perciò essi non devono tener calcolo, e affaticarsi la memoria di tutte le operazioni ipotecarie che fanne concorrenza colla propria ipoteca. Tant'è che si dicesse che la rinnovazione non è affatto necessaria in confronto ai creditori inseritti nell'anteriore decennio; poichè essi pur conoscevano l'inscrizione anteriore, quando non era ancora scaduta. Ma la legge è troppo esplicita, e dev'essere osservata nelle più remote conseguenze. Nel caso contrario avverrebbe ancora che i cessionarj e i surrogati, i quali fossero subentrati nelle ragioni dei creditori intermedii, verserebbero in gravi pericoli per aver essi creduto che la nota di rinnovazione fosse una prima inscrizione avente grado datta sua propria data. Fu quindi presso di noi giudicato esser nulla l' ipoteca, nella formula della di cui rinnovazione fu preterita la data dell' inscrizione rinnovata: sentenza 7 maggio 1850 di prima istanza, e decisione aulica 18 luglio 1851 rifermatrice della sentenza d'Appello 18 gennajo 1851 (3).

Dicemmo che le note per la rinnovazione devono contenere tutte le indicazioni, che sarebbero necessarie alla validità di una prima inscrizione qualunque (4). Basterebbe quindi che nelle note si chiedesse la rinnovazione dell' inscrizione della tal data, presentata al tale ufficio, e se ne copiasse il letterale tenore, coll' attestazione fattavi dal conservatore di averla eseguita, come è prescritto nell'art. 12 della legge modenese 3 giugno 1823 sulle rinnovazioni. Non è tuttavia necessario che la nota di rinnovazione contenesse tutte le identiche enunciative, ma può ben variare circa la quantità del credito e della proprietà ipotecata. Se la somma del credito, o la proprietà, è rinnovata in porzione minore, vale limitatamente a questa; se in parte maggiore, vale come rinnovazione quello che in essa si contiene d'identico alla prima iscrizione, e per il di più si considera come una nuova inscrizione (5). Sarebbe poi cauto, non però necessario, ciò che disse Favard de Langlade, che cioè nella nota per la rinnovazione si indicassero queste riduzioni e modificazioni dell' inscrizione primitiva, ossia le differenze tra l' antica e la nuova (6).

Vediamo partitamente ciascuna delle indicazioni richieste. Fu giudicato

(1) Non ne parla nemmeno quell' esattissimo Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription hypoth.* sect. 7, n. 1.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 715.

(3) Gazzetta de' Trib. di Milano an. 1, 1851, num. 72.

(4) Grenier, *hypoth.* num. 117. Merlin, *Repert.* v. *prescription.*

(5) Grenier, *hypoth.* n. 117. art. 169-175 del Regol. legisl. gregoriano.

(6) Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription hypoth.* sect. 7, n. 1.

nulla una rinnovazione e quindi nulla l'ipoteca, perchè il creditore avria omessa la designazione del eredilo: sentenza 12 maggio 1853 di prima istanza, confermata dall'aulica decisione 2 dicembre 1853, in riforma della sentenza 1 settembre dell'Appello lombardo (1).

Se nel frattempo ta proprietà ipotecata avesse cangialo di possessore, si può aggiungere al nome del debilore la designazione dell'odierno possessore. Ma di ciò non vi ba obbligo preciso, nemmeno quando il possessore fosse erede del debilore: perciocchè la condizione della proprietà terriera non ha quella sufficiente pubblicità, per cul fosse possibile ai rinnovatori di constalare sempre l'attuale possesso (2). « Un credilore dopo aver presa l'inscrizione, (osservava il Senato lombardo veneto in una decisione pralica), e dopo avere per tal modo obbligato al suo credito l'immobile, è posto in piena tranquillità sino allo spirare del decennio; ed allora non gli incombe altro dovere che quello della rinnovazione; la quale non è che una ripetizione della stessa inscrizione primiliva, e manliene la virtù di perseguitare lo stabile, in qualunque mano si trovi. Sarebbe un aggravare indebilamente la condizione di un credilore inscritto, se si potesse coartarlo ad indagini e ricerche sulle persone degli eredi dell'originario debilore, sui titoli parlicolari dei medesimi, sullo stato detla venlilazione ereditaria, e così pure sui passaggi dell'immobile ipotecato, nell'erede, o in estranei acquirenti; passaggi che potrebbero essere continui, giornalieri, clandeslinamente stipulati, e persino non apparenli dai censuarii registri, i quali d'allra parle sarebbero inetti a constatare legalmente la tradizione della proprielà degli immobili (3) ».

Quesla è però una regola che patisce un'eccezione. La sovrana Risoluzione 5 maggio 1828 (4) sanciva la regola dichiarando nell'arl. 1. « Le note che per la rinnovazione delle inserizioni debbono presentarsi all'ufficio delle ipoteche per l'articolo 17 della sovrana Patenle 19 giugno 1826 *possono essere dirette* contro la persona o le persone colpite dalla prima inscrizione, quand'anche la cosa immobiliare su cui cade l'ipoteca sia in questo frattempo passata nel possesso degli eredi, o del terzo ».

La stessa legge dichiarava anche l'eccezione, soggiungendo nello stesso arlicolo: « Le nole *per la trasformazione delle ipoteche generali in speciali* dovranno diriggersi contro il debilore o i suoi eredi, o il terzo, secondochè l'oggello compreso dalla precedente inserizione generale sarà posseduto o dal debitore, o da'suoi eredi, o dal terzo ».

Art. 5. « Se i beni che devonsi specificare si trovano in una eredità non ancora definitivamenle aggiudicata agli eredi, la inscrizione speciale dovrà prendersi contro il defunlo ».

(1) Gazzella de' Trib. di Milano, an. IV, 1854. n. 14 Vedl art. 9 delle succitale istruzioni 8 ottobre 1836.

(2) Come avviene in Romagna per gli art. 167 e 168 del Reg. legisl. gregoriano.

(3) Beretta, *giorn, di giurispr. pral. di Venezia*, an. 3, 1850, n. 3.

(4) Notificata dal Governo lombardo il 23 maggio 1828, e sotto la stessa data dal Governo veneto.

Art. 4. « L'obbligo di prendere l' inscrizione speciale contro l' ultimo possessore cessa nel caso in cui il mutamento del possesso, o non fosse stato notificato ai catasti o registri censuarii nei modi prescritti, o si fosse verificato soltanto entro i tre mesi che precedettero il giorno della presa inscrizione conservatrice. In questi casi basterà che l' inscrizione sia stata presa contro il possessore, che come tale era indicato nei suddetti registri tre mesi prima della seguita inscrizione. ».

La regola generale, che la rinnovazione si può prendere indifferentemente contro l' originario o contro l'attuale possessore, fu pure riconosciuta e confermata dalle leggi posteriori contenute nella Circolare 6 marzo 1837 del Magistrato camerale veneto (1), nella Circolare 8 settembre 1837 del tribunale d' appello pur di Venezia, e nella Notificazione del Governo ivi residente del giorno 23 novembre dello stesso anno. Questa ultima legge aggiungeva queste salutari avverlenze. « L'art. 1 della Notificazione 25 maggio 1828 dice solo che la rinnovazione possa prendersi validamente contro la persona colpita dalla prima inscrizione, quando anche il fondo ipotecato sia nel frattempo passato in altre mani. Con ciò non si è voluto indicare la necessità che la rinnovazione sia presa contro il primo passivamente inscritto, ma la facoltà datasi al creditore di prescindere dagli ulteriori terzi possessori. *Quindi nessun dubbio ci ha sulla validità d'una rinnovazione diretta contro il terzo possessore;* ma valida egualmente si è quella rinnovazione che si fosse presa contro la persona colpita dalla prima inscrizione, quand'anche più non possedesse il fondo all'epoca della rinnovazione. Non era dunque da ingiungersi che la rinnovazione deve aver luogo, ma basterà avvertirli che potesse aver luogo. Ciò però che più importava si è l'aggiunta: *contro l' originario debitore, senza riguardo alcuno ai posteriori cangiamenti di possesso* . . . . . . (Ma) l'articolo 1 della Notificazione 25 maggio 1828 . . . . . dichiarò che la rinnovazione poteva esser presa contro la persona o persone colpite dalla prima inscrizione, cioè dall' inscrizione che si voleva rinnovare. Questa persona però colpita dall'inscrizione, che si doveva rinnovare, *non era sempre il debitore originario.* Tutte le iscrizioni d'ipoteche anteriori che per il Decreto italico 25 ottobre 1808 si dovevano eseguire, onde conservare la ipoteca preesistente, dovevano esser prese non più contro il debitore originario, se questo era defunto, ma sibbene contro i terzi possessori del fondo ipotecato, e sul quale doveva conservarsi la preesistente ipoteca. La rinnovazione, che in sostanza altro non è che la continuazione dell' inscrizione che si dee rinnovare, non può quindi distaccarsi dalla persona che risulta colpita dall'inscrizione che dee rinnovarsi, e rimontare all'originario debitore. Una rinnovazione che si fosse diretta, non contro il terzo possessore del fondo all'epoca della rinnovazione, e nemmeno contro la persona che era colpita dall' inscrizione che

(1) Alla quale corrisponde la Circolare 8 ottobre 1836 e 22 febbrajo 1837 del Magistrato camerale lombardo.

si vuole rinnovare, ma soltanto contro l'originario debitore, sarebbe invalida. E questa invalidità, oltre i casi contemplati dal Decreto 25 ottobre 1808, sarebbe inevitabile allorquando si tratti di rinnovare le ipoteche anteriori generali, state trasformate in ispeciali a senso della Patente 19 giugno 1826; imperocchè la trasformazione ha dovuto seguire contro il terzo possessore del fondo ipotecato, giusta la Notificazione 25 maggio 1828. Conservata per tal modo la ipoteca in via speciale contro il terzo possessore, la persona colpita da questa inscrizione è il terzo possessore, e non l'originario debitore. Ora dovendosi rinnovare questa inscrizione speciale, cioè trasformata, « *la rinnovazione può bensì prendersi validamente entro il decennio contro lo stesso terzo possessore,* che fu la persona colpita dalla inscrizione speciale che dee rinnovarsi, *quantunque il fondo dopo questa inscrizione fosse passato in altre mani*, la rinnovazione sarebbe anche valida se fosse diretta contro il terzo possessore del fondo all'atto della rinnovazione; ma non sarebbe mai valida, se si fosse presa contro il debitore originario. »

Nell' atto della rinnovazione il creditore deve usar tutte le diligenze possibili per identificare sempre meglio il fondo ipotecato, con dati speciali che escludano ogni dubbio ed ogni possibile quistione. Colla Circolare 9 giugno 1828 diramata in via amministrativa lo stesso Governo di Venezia dichiarava « non esserci dubbio sull'intelligenza della legge che prescrive in modo assoluto la precisa indicazione dei *confini attuali* dei fondi ipotecati; doversi perciò portare nella rinnovazione delle ipoteche la descrizione dei precisi confini attuali dei fondi medesimi ».

E finalmente in riguardo al titolo ipotecario diremo che egli deve essere menzionato nella formula della rinnovazione, nel modo stesso come dovea apparire nell'inscrizione da rinnovarsi. Solo aggiungeremo coll' italico Decreto 12 dicembre 1812, che se l' inscrizione fosse stata presa prima di quel Decreto con un titolo non autentico, non si potria rinnovare validamente se non fosse stato confermato con un atto autentico (1): come dissimo sotto il § XXI, num. 2 (2).

Presentate le note regolari il conservatore, nel modo stesso che dissimo sotto il § XXVII, trascrive l'una nei suoi registri, restituisce l'altra al richiedente col certificato in calce d'avere eseguita la rinnovazione (3). Per la prima operazione, secondo l'art. 29 della sovrana Patente 19 giugno 1826 adopera i libri e registri correnti delle inscrizioni; e la responsalità sua stabilita nel Regolamento 19 aprile 1806 si estende anche a questa operazione.

7. L'inscrizione ipotecaria, rinnovata che fosse entro il decennio, conserva la virtù sua originaria, e l'atto della rinnovazione si considera

(1) Art. 24-26. Decr. italico 12 dic. 1812.

(2) Vol. 1, pag. 459 e 460.

(3) Così è disposto nell' art. 22 della legge modenese del 1825.

coll'inscrizione rinnovata come una sola ed identica inscrizione (1). E per l'opposto, se l'antica iuscrizione non fosse rinnovata alla scadenza, d'allora in poi perde ogni traccia sui registri del conservatore (2); e questi è dispensato dal farne menzione ne'certificati ch'egli emettesse. (3)

Nel caso che l'inscrizione fosse rinnovata dopo scaduto il decennio, l'atto della rinnovazione non conserverebbe all'ipoteca il grado precedente: ma saria a considerarsi come una nuova e primitiva inscrizione, valida se ed in quanto concorrano le condizioni richieste perchè essa possa attribuire la realità all'ipoteca, ed efficace solamente dalla sua propria data (4). Questi veri analitici sono messi in rilievo nei combinati articoli 13 e 8 della sovrana Patente 19 giugno 1826, per la quale « cessa l'effetto delle inscrizioni se prima della scadenza del decennio non si sono rinnovate; *salvo il diritto di una nuova regolare inscrizione, la quale sarà riguardata semplicemente come una prima inscrizione, avente effetto soltanto dal giorno in cui sarà seguita, e soltanto a carico dei beni a tale epoca dal debitore posseduti.* »

Considerando questa rinnovazione come una nuova inscrizione, non si potrà prendere e non avrà efficacia alcuna, quando fosse presa contro una persona diversa ed estranea al titolo ipotecario, o in un tempo in cui mancasse la proprietà o la disponibilità nel concessionario, come dissimo sotto i §§ XXII e XXVI.

Se la precedente inscrizione fosse scaduta quando il fondo ipotecato era posseduto da un terzo estraneo al debito e al titolo ipotecario, la suddetta legge escluderebbe formalmente che si potesse prendere la tardiva rinnovazione; poichè ella dice che si può prendere soltanto a carico dei beni a tale epoca posseduti dal debitore. Questo caso è identico con quello di che parlammo sotto il § XXII, num. 3, riguardo all'inscrizione ordinaria, la quale non si può prendere contro gli estranei possessori d' un diritto reale, perchè nel momento che si prende non è ancora un diritto reale, e senza un diritto siffatto non si può andare incontro ai terzi. Troplong conviene in questa conclusione ed allega de'giudicati che vi si confanno. Ci avea, egli dice, un credito ipotecario inscritto il 2 marzo 1812 sopra un fondo che fu venduto ai 20 del successivo agosto. Il creditore rinnovò l'inscrizione

(1) Favard. de Langlade, *Repertoire*, verbo *inscription*, sect. 7, num. 1. Foramiti, *Enciclopedia legale*, voc. *inscrizione ipotec.* vers. *rinnovazione*.

(2) Grenier, *hypoth.* num. 106, Troplong, *des priv. et hyp.* num, 713. Così fu giudicato il 21 gennajo 1814 dalla corte d'Appello di Parigi, secondo Sirey, *Jurisprudence*, tom. 14, par. 2. pag. 186.

(3) Come è prescritto nell'art. 8 della Circolare 11 settembre 1827 dell'Appello veneto. E nell'altra Circolare 28 dicembre 1856 dello stesso Appello veneto si aggiunge che possa chiunque domandare per iscritto al conservatore una copia particolare delle inscrizioni non rinnovate.

(4) Tarrible, *Repertoire*, v. *inscription hyp.* § 5, num. 16. Grenier, loro citato e n. 109. Così è disposto nell'art. 2205 del Codice civ. di Parma e nell'art. 174 del Regolam. gregoriano.

dopo il decennio, il giorno 25 marzo 1822; e il possessore ne chiese lo sgravio. La corte di Rouen l'esaudì per la ragione che l'inscrizione originaria non rinnovata nel decennio è perduta, e il fondo rimane manomesso dall'ipoteca, come non l'avesse mai sofferta. L'inscrizione rinnovatrice dopo il decennio è una nuova inscrizione, la quale non si potea prendere sopra un fondo che più non apparteneva al costituente (1).

Qualcuno avria opposto: che un tempo il possessore sapeva che il fondo era aggravato di quell'ipoteca per l'inscrizione non ancora scaduta durante il suo possesso: l'inscrizione d'allora bastava a costituire efficace l'ipoteca in suo confronto, perchè l'avvertiva della medesima: ogni inscrizione è necessaria per tutelare la buona fede dei terzi; ma una volta che il possessore conobbe l'ipoteca per la sussistente inscrizione, non può più sottrarvisi (2). A quest' obbiezione abbiamo prima d'ora risposto nel num. 6 del precedente § XLVIII: ove dissimo che l'inscrizione è una forma essenziale della realità ipotecaria, è l'unico criterio conoscitivo dell'ipoteca pei terzi; che ove manca l'inscrizione, od è difettosa in alcuna parte essenziale della sua formula, manca o cessa ogni realità della medesima.

La rinnovazione tardiva non si potrebbe nemmeno prendere contro lo stesso debitore, quand'egli fosse oberato, perche niuna inscrizione si può prendere di nuovo in tale circostanza (3).

Per la stessa ragione non si potria prendere in pregiudizio dei creditori ereditarii, nel caso che il debitore fosse morto, e la sua eredità fosse giacente, o adita col beneficio dell'inventario, e i creditori suddetti impedissero poscia l'aggiudicazione col domandare la separazione de' patrimonii o l'eccitamento del concorso. (4)

In questi due casi però dobbiamo fare due avvertenze. Colla prima poniamo una proposizione inversa a quella che abbiamo fin qui considerata: diciamo cioè che la rinnovazione fatta in tempo, siccome si ritiene come un' atto conservativo della precedente inscrizione, può bene praticarsi in quei due casi quando fossero accaduti posteriormente alla suddetta prima inscrizione.

La seconda, e più importante avvertenza, è nel distinguere: se l'originaria inscrizione fosse scaduta prima del concorso o prima della morte del debitore, ripeteressimo che la tardiva rinnovazione sarebbe invalida. Se invece il decennio fosse trascorso durante il concorso o la ventilazione ereditaria, allora, prima di rispondere bisognerebbe, premettere quest'altra ricerca: se la rinnovazione sia necessaria quando l'inscrizione primitiva scadde in alcuna di queste circostanze.

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 716. bis.

(2) Spinnael, *in notis* a Troplong loc. citato.

(3) § XXVI, num. 2 o 3.

(4) XXVI, n. 4.

8. È sempre necessaria la rinnovazione per conservare il beneficio dell'inserizione originale?

Poniamo il primo caso d'una inscrizione scaduta dopo l'apertura del concorso de' creditori sulla sostanza del debitore, nella quale trovisi il fondo ipotecato. L'apertura del concorso sui beni dell'oberato arresta tutte le pretese de' creditori nella condizione giuridica in cui si trovano a quel tempo, perchè secondo il § 83 del Regolamento giudiziario d'allora in poi nessuno de' creditori può ottenere validamente sopra la sostanza dell'oberato nè notifica, nè ipoteca, nè qualsiasi altro mezzo d'assicurazione; ma tutte permangono in quello stato medesimo in cui si trovavano anteriormente, e da indi si realizzano secondo l'antecedente efficacia loro, senza nè dimettere, nè acquistare alcuna delle guarentigie accessorie. Questa sarebbe l'argomentazione propria di chi sostiene non essere affatto necessaria la rinnovazione in simile circostanza; e così fu giudicato presso la Corte imperiale di Parigi col decreto 9 marzo 1812, che addusse per motivo, la condizione de' creditori fermarsi pel fallimento in una immobilità perfetta (1).

Nello stesso tenore fu giudicato dal Senato lombardo-veneto colla sentenza 26 febbrajo 1849 n. 2942, emessa in riforma di due conformi giudicati (2), nel caso di una inscrizione rinnovata nei giorni 16 e 24 maggio 1837, e scaduta dopo il concorso aperto l'8 luglio 1843 e prima della graduatoria 29 novembre 1847. Questa decisione era egualmente motivata dal principio che la legge col § 83 del suddetto Regolamento proibisce al creditore di ottenere sulla sostanza dell'oberato alcun mezzo assicurativo, senza distinzione tra i mezzi attributivi e i mezzi conservativi: che ella consideri i diritti dei creditori, e li conservi da sè stessa durante il concorso, nello stato in cui si trovavano nel giorno della sua apertura, senza che ci sia bisogno che il creditore stesso li conservi colla rinnovazione: poichè ella stessa provvede alla di loro conservazione per le pratiche che ella stessa prescrive, e pel § 100 dello stesso Regolamento ove ingiunge al curatore della massa d'indicare al giudice quali sieno i creditori ipotecarj inscritti, per notificare ad essi l'aprimento del concorso: e pel successivo § 105, ove obbliga il creditore di dedurre in giudizio non solo il credito, ma anche l'ipoteca. D'altronde, soggiungevasi, siffatta rinnovazione non riuscirebbe d'alcuna pratica utilità, perchè durante il concorso non sopravvengono altri creditori, e quindi l'anteriore ipoteca non rinnovata e non più apparente dai pubblici registri non nuocerebbe più a nessuno.

Egualmente fu giudicato dallo stesso Senato lombardo-veneto con de-

(1) Sirey, *Jurisprud.* tom. 12, par. 2. pag. 408.

(2) Eco de' Tribunali, an. 1852, pag. 259, Mattei, vol. 2, pag. 510. n. 24. Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 2, 1852, n. 69; la qual sentenza sembra l'identica di quella enunciata sotto la data 31 febbrajo 1849, n. 4942, dal Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia, an. 5, 1852, n. 23-24, pag. 386.

cisione 12 settembre 1848, in conferma della sentenza appellatoria 27 maggio 1848 (1).

A queste ragioni potriasi da taluno contrapporre quest'altre. È ben vero che l'economia giudiziale del concorso dei creditori esige alcune pratiche, sì nell'interesse de' creditori ipotecarj, che della massa concorsuale: e quindi la legge provvede anche alla conservazione de' diritti ipotecarj. Ma essa, nè col § 83 ed altri §§ del Regolamento, nè con altre disposizioni, non toglie il precetto generale che ogni ipoteca debba essere conservata colla rinnovazione decennale: ella impedisce l'acquisto d'un nuovo diritto, ma non esentua dagli obblighi imposti ai creditori per la conservazione dei diritti acquistati dapprima (2). L'oberato debitore non può più disporre del suo patrimonio in prò dell'uno, e in danno degli altri suoi creditori. I diritti di costoro rimangono così come erano per lo avanti. Ma rimangono con quelle forme e sotto quelle condizioni che aveano prima. La rinnovazione poi delle ipoteche anche in pendenza del concorso non è inutile nell'interesse dei terzi: poichè una iscrizione non rinnovata non comparendo sui registri, i posteriori creditori potriano ingannare de' cessionarii sull'utilità delle loro ipoteche, che apparirebbero di vantaggiosa collocazione. Quindi tale rinnovazione non può ommettersi senza contravvenire alle disposizioni generali della legge, e senza il possibile pregiudizio dei terzi. E di vero lo stesso Magistrato camerale nell'articolo 11 delle istruzioni diramate colla Circolare 8 ottobre 1836 raccomandava agli ufficii amministrativi di rinnovare le inscrizioni ipotecarie scadenti in pendenza del concorso.

La contraria opinione adottata dal Senato lombardo-veneto è tuttavia la più attendibile. Conciosiachè non conchiude per nulla la disposizione della succitata Circolare camerale, come quella che emessa in via amministrativa può provare che la nostra opinione sia un soggetto di disputa, e che sia buona cautela di praticare la rinnovazione in qualsivoglia circostanza; ma non decide, nè il potrebbe, in linea di Diritto civile.

Il secondo argomento della possibilità d'arrecare un pregiudizio ai cessionarj de' posteriori creditori, non è pur esso attendibile, perchè gli stessi cessionarj non possono reputarsi in condizione migliore di quella de' loro cedenti; ma sibbene li rappresentano; e dovendo essi conoscere dell'antecedente pubblicazione del concorso, doveano pure prevedere la possibilità che uno dei crediti ipotecarj concorrenti apparisse sui registri pubblici nel giorno dell'aprimento del concorso, e non ancora dappoi. Essi doveano farsi esibire un certificato generale ipotecario dalla data dell'aprimento del concorso, che da esso avriano misurato il grado dell'ipoteca che acquistavano; e rappresentando essi col cedente una sola ed identica

(1) Riferito da Mattei, loco citato. Eco dei Tribun. an. 1852, pag. 296.

(2) Grenier, hyp. n. 114 cita in proposito un decreto della Corte francese di cassazione del 7 giugno 1817.

persona, non possono allegare un loro interesse personale per distruggere un diritto de' terzi, che il loro cedente avria dovuto rispettare.

Circa l'interpretazione poi del § 83 del Regolamento giudiziario, ammettiamo che non giovi direttamente alla nostra tesi: però vi conduce indirettamente, considerando la natura della procedura concursuale. Imperocchè da una parte, arrestandosi la libera disponibilità della proprietà fondiaria, ed avocandosi questa alla soddisfazione dei creditori, lo scopo delle inscrizioni ipotecarie è raggiunto e compiuto col giorno in cui si apre il concorso; perchè questo giudizio si apre appunto per dimettere tutti i creditori. Quindi la loro condizione giuridica è fissata da quell'avvenimento: l'ipoteca di ciascuno rimane per tutto il tempo di quel giudizio nello stato medesimo in cui si trovava quando vi fu introdotta: l'inscrizione ha prodotto tutti i suoi effetti, e merita d'essere collocata al grado acquistato in origine, appena che fosse apparsa nei certificati, che il curatore alle liti del concorso avesse richiesto per le intimazioni volute del § 100 dello stesso Regolamento giudiziario.

La superiore conclusione trovasi confermata da due giudicati conformi riferiti da Beretta (1).

Marsilia Dodi vedova d'Alvise Moceni avea un'ipoteca rinnovata nel 31 maggio 1839, per il credito dotale di L. 65360. 42 sopra i beni del defunto marito, sulla cui eredità fu aperto il concorso coll'editto 4 marzo 1831, e contro la massa concorsuale dei debitori, non già contro gli eredi. Ella rinnovò l'inscrizione fuori di tempo nel 3 aprile 1850, dopo che il concorso fu chiuso colla graduatoria 26 febbrajo 1853: nella quale però venne collocato quel suo credito in seconda classe.

Uno de' creditori concorsuali Elena Trani chiese la cancellazione di quell'ipoteca colla petizione 24 settembre 1851. Tra le molte altre contestazioni si trattò della quistione in discorso con argomenti prò e contro, press' a poco identici a quelli da noi superiormente considerati.

Il tribunale di prima istanza assolveva gli eredi della Marsilia Dodi colla sentenza 4 maggio 1853 n. 8809, per questi notevoli motivi.

« Ritenuto che effetto primo essenziale dell'aperto concorso si è quello di apprendere tutta la sostanza del decotto in riguardo e nell'interesse generale de' suoi creditori, per devolverla sotto le direttive fissate dalla speciale procedura a pagamento delle loro pretese....

« Ritenuto che da questo momento diviene di conseguenza affatto inutile di procedere a quegli atti, che in casi ordinarj valgono e sono diretti a preservare i proprii diritti sulla sostanza del debitore, come quelli che mancherebbero di ogni scopo; giacchè se nessun creditore può migliorare la sua sorte con atto qualsiasi, nessuno di conseguenza legittima può essere pregiudicato; se, è forza ripeterlo, per effetto dell'aperto concorso la

(1) Nel suo giornale di giurisprudenza prat. di Venezia an. VII. 1854, num. 7, 8, Gazzetta de' trib. di Milano, an. 4-1854, n. 66.

sostanza del debitore è divenuta cosa dei creditori, in quanto è destinata esclusivamente al pagamento delle loro pretese, così e come si trovavano all'istante dell'apertura del concorso, e vengono con riguardo a quel momento insinuate e liquidate;

« Ritenuto che nel caso speciale, per gli effetti almeno del concorso, e per la sostanza nel medesimo caduta, non era necessario che la Dodi creditrice insinuata procedesse alla rinnovazione delle iscrizioni assicurative il suo credito, bastando che sussistessero alla data dell'apertura del concorso per costituire il suo diritto reale: diritto sul quale devesi pur versare al momento della insinuazione del credito: § 103 Reg. giud.;.... »

Il tribunale ha trovato giusto ecc.

Il tribunale d'appello con sentenza 10 agosto 1853 n. 8318 confermò quella decisione.

A vincere però qualunque incertezza gioverà osservare più accuratamente la natura giuridica della rinnovazione ipotecaria. Dice la legge: l'inscrizione conserva l'ipoteca pel corso di dieci anni: cessa il suo effetto se non fu rinnovata. A noi sembra che sotto il velo di queste parole la legge avrebbe voluto dire: il diritto derivante da un'inscrizione ipotecaria *si prescrive* nel corso di dieci anni: ma questa *prescrizione* è tolta e s'interrompe se l'inscrizione fu rinnovata in tempo utile.

La disposizione della legge, che toglie o fa caduco un diritto per il solo decorso del tempo, contiene una vera *prescrizione*, nel senso che è definita dal § 1451 del Codice civile austriaco. Ma la prescrizione suppone che il diritto sia inesercitato nel periodo prefinito; poichè quel § dice che è la perdita di un diritto non esercitato entro un certo tempo stabilito dalla legge. Così dell'inserizione ipotecaria: se non è esercitata nel decennio, si prescrive. Ma nel Diritto civile, dacchè ci fu prescrizione, furono sempre riconosciute delle cause che possono interromperla, sospenderla, impedirla. La rinnovazione decennale dell'inscrizione è senza dubbio uno dei modi d'interruzione suggeriti dalla legge; ma non è il solo. Anzi vi ha un genere massimo di atti che producono questa interruzione, e si verifica quando s'esercita il diritto prima che scada il tempo della prescrizione. Un esempio di ciò fu mostrato nel superiore § XLVI, n. 2 e 3, ove dicemmo degli interessi che si prescrivono, se si lasciarono decorrere da un triennio; ma non si prescrivono quelli che fossero maturati dopo che il creditore avesse spiegata la petizione per il loro pagamento. E nel § 1497 del Codice civile austriaco vediamo nettamente stabilito questo genere di interruzione, poichè vi leggiamo: « s'interrompe la prescrizione se quegli che intende giovarsene, prima che scada il tempo della prescrizione, ha riconosciuto espressamente o tacitamente il diritto altrui, o se da quello cui compete il diritto viene citato in giudizio, e l'azione è regolarmente proseguita (1). »

(1) A questa legge sono conformi le leg. 1, 2 e 10, Cod. *de præscript. longi temp.*, leg. 2 e 3, Cod. *de annal. except.*, art. 2244-2247, Cod. Napoleone, art. 2579-2581, Cod.

Un diritto qualunque dal momento che è riconosciuto dalla parte contraria, od è introdotto contro di essa in giudizio, ed ivi si esercita, non può rendersi caduco come cosa posta in dimenticanza od avuta a vile. Se negli indugi inevitabili del giudizio trascorre del tempo che empierebbe il limite della prescrizione, questa non potrebbe essere invocata dalla parte contraria, perchè la prescrizione suppone che il diritto sia inesercitato: se è attivato non cade, messo in movimento prosegue nel suo corso secondo la sua iniziale potenza.

Così ci sembra di poter conchiudere in riguardo all'ipoteca, la cui inscrizione non era ancora scaduta nel momento in cui si aprì il concorso. Durante l'attitazione di questo giudizio, o almeno dopo che il creditore si è insinuato, costui ha cominciato ad esercitare la sua ipoteca contro tutte le persone che potevano avere interesse ad opporre la prescrizione decennale della sua inscrizione. E diffatti contro l'insinuazione di ciascun creditore ipotecario vengono il debitore oberato, e la massa dei creditori tutti nella persona del curatore: ne viene quindi che in di loro confronto esercitandosi il diritto ipotecario, che nel dì dell'aprimento del concorso non era prescritto, questo diritto conserva per tutto il tempo che dura il giudizio l'originaria efficacia. Concludasi pertanto che il giudizio concursuale basta a supplire alla apposita rinnovazione, per conservare la virtù della antecedente inscrizione.

La cosa però non riescirebbe di tal guisa nel caso che il concorso fosse chiuso prima della sua liquidazione, e il diritto ipotecario non rinnovato si volesse esercitare con una posteriore azione: chè allora non s'intende essere avvenuta alcuna interruzione a sensi del § 1497 del Codice civile, che esclude l'interruzione quando *l'azione non fosse regolarmente proseguita.* In tal caso il creditore dovrebbe prendere una nuova inscrizione efficace solamente dalla propria data.

9. Si può ella trascurare la rinnovazione d'una inscrizione scaduta dopo la morte del debitore, per tutto il tempo che l'eredità è giacente, o continua la ventilazione della eredità adita col beneficio di legge?

Se noi poniamo attenzione alla somma degli argomenti allegati nel caso precedente dovremmo venire ad una conclusione negativa.

Non basterebbe il dire che non sia necessaria la rinnovazione quando il debitore ha perduta la libera disponibilità dell'aver suo, siccome vuolsi ragionare col § 83 del Regolamento giudiziario, e che, essendo per tal modo tolta la possibilità di concedere ulteriori ipoteche, non vi sia qui la ragione di conservare la pubblicità alla scadente ipoteca. Una siffatta conclusione non reggerebbe; perchè al principio della pubblicità ipotecaria non si può così leggermente derogare. Nel caso precedente dicemmo che il giu-

albertino, art. 2150-2153 Cod. di Parma, art. 2281-2287 Cod. estense, art 11, par. 2, cap. 4. Cod. bavarese, art. 551 Cod. prussiano.

dizio concursuale contiene gli estremi per interrompere la prescrizione decennale, cioè la chiamata in giudizio degli interessati ad eccepirla, e il regolare proseguimento dell'azione. Ma nel caso d'una semplice giacenza dell' eredità, o d'una ventilazione di eredità beneficiaria, non ci ha un giudizio, non ci ha una contenzione; ci entra bensì il giudice, ma solo per l'ufficio nobile, per la volontaria giurisdizione. Ivi non ci ha produzione e contestazione di pretese: se ve ne hanno, si rimandano al foro contenzioso.

In questa nostra conclusione negativa conviene la giurisprudenza francese (1).

10. In alcuni altri casi può il creditore aver dato mano alla sua ipoteca in giudizio, e può nascere l'occasione di disputare se allora la rinnovazione sia necessaria. A Troplong parvero queste ricerche le più intralciate che niun'altra non sia nelle molte e difficili del sistema ipotecario (2). Noi non dissimuleremo che la cosa è difficile: non però di tanto che non speriamo di venirne a capo, per la ragione che noi seguiamo una via diversa tracciata da un diverso criterio deduttivo.

Un creditore, poniamo per terzo esempio, spiegò l' azione ipotecaria contro il terzo possessore, e, scaduta l' inscrizione sua prima che fosse chiuso il giudizio, non la rinnovò. Varrà la sua ipoteca? Potrà egli persistere nel giudizio medesimo? Potrà egli esercitare fino all'ultimo il diritto reale d'ipoteca?

Rispondendo col premesso criterio deduttivo, sembrerebbe che la prescrizione decennale dell'inscrizione avesse patito l' interruzione del giudizio, e il possessore non potesse opporla all'attore. Eppure gli altri creditori ipotecarj estranei a quel giudizio conserverebbero intatta l'eccezione della prescrizione decennale: e di più, se il possessore in pendenza del giudizio avesse ipotecato ai suoi creditori od alienato ad altri lo stabile ipotecato, contro di costoro non potrebbe sussistere l' ipoteca dell'attore medesimo, perchè in riguardo ad essi non fu posto alcun impedimento alla prescrizione del decennio. Ora qui nascerebbe lo sconcio, che gli aventi causa dal possessore possano distruggere quell' ipoteca, che il loro datore dovrebbe rispettare nello stesso tempo.

Il possessore per la sua persona in genere deve tollerarla, diciamo, mentre può colle ulteriori ipoteche e colle vendite agevolmente e legittimamente eluderla. Qui ci ha dunque una contraddizione flagrante; conciosiachè come possessore è tenuto a tollerare quell'ipoteca, che come proprietario può eludere, perchè può usare liberamente della proprietà sua col cederla ad altri (3).

(1) Toullier, *droit civ.* tom. 4, num. 367. Tarrible, Report. v. *inscription hyp.* pag. 471, Grenier, *hyp.* num. 114.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 720.

(3) Vedi in riguardo alle vendite nel seguente § LVII num. 12, in riguardo ai frutti e alle deteriorazioni il § LXV: ove componiamo questa con altre conclusioni apparentemente diverse.

Vediamo con ciò che non basta che la prescrizione decennale sia interrotta in suo confronto. Ella lo deve essere in confronto a tutte le persone che avessero interesse ad opporla.

Cominciamo quindi a porre in questo terzo caso questa proposizione negativa, che l'inscrizione scaduta, e non rinnovata durante il giudizio dell'azione ipotecaria, non si conserva contro i creditori ipotecarj e i successivi acquirenti dello stabile.

Poniamo anche un'altra proposizione negativa in prò del possessore nel caso che il fondo fosse ipotecato ad altri creditori, che avessero avuto causa del precedente proprietario, perchè il possessore respingerebbe l'azione del creditore coll'eccezione *cedendarum actionum*, della quale parleremo in dettaglio nel seguente § LI, ove trattiamo della surroga. Imperocchè egli può opporre al creditore di non essere obbligato a pagare, se egli non gli cede le sue azioni reali, com'erano efficaci in origine, per poter con esse resistere alla concorrenza dei successivi creditori; senza di che, dopo dimesso il di lui credito, dovrebbe soffrire che gli altri creditori assorbissero tutto il prezzo del fondo.

Ma supponiamo che non ci fossero altri creditori ipotecarj posteriori: potrà il possessore opporgli tuttavia la prescrizione? Se rispondiamo negativamente ricadressimo nell'assurdo che abbiamo accusato or ora. Ammetteressimo che il possessore possa eludere l'ipoteca dell'attore col concedere egli stesso delle altre ipoteche. Ammetteressimo in lui l'obbligo e la libertà di giovare e di nuocere insieme all'azione del creditore.

Dobbiamo dunque abbracciare l'opinione contraria: che egli potrebbe opporgli quell'eccezione in ogni tempo. Avvegnacchè stimiamo che per la sola azione ipotecaria non s'interrompa in suo confronto la prescrizione decennale; e diciamo in suo riguardo inapplicabile la teoria del § 1497 del nostro Codice civile.

Imperocchè pur dissimo che questa legge indica uno fra i modi, coi quali si può interrompere la prescrizione: ma che varii possono essere questi modi; e soggiungiamo che non tutti possono essere acconci allo scopo che la prescrizione sia veramente interrotta. Perchè sia interrotta si richiede che chi esercita il diritto abbia cominciato ad esercitarlo, e che nell'esercitarlo non abbia perduto alcun suo essenziale elemento.

Se si tratta d'un diritto personale, si può dire con tutta sicurezza che non rimane prescritto dopo che si è cominciato ad esercitarlo col citare in giudizio la persona obbligata. Col chiedergliene l'adempimento è manifesto che lo si mantiene. Ma se si tratta d'un diritto essenzialmente reale, com'è l'ipoteca in questo caso, non si può dire che venga ad essere esercitato colla semplice azione ipotecaria; e che nel tempo che il creditore discende in giudizio contro del possessore, coll'omettere la rinnovazione conservi colla perenzione dell'inserizione l'ipoteca stessa.

Imperciocchè l'inscrizione è necessaria contro ai terzi estranei al debito ipotecario, e la proprietà di coloro rimane affetta solo ed in quanto

sussista un' iscrizione, e l'ipoteca come diritto reale non riguarda veramente il terzo possessore, ma la proprietà.

Si ponga attenzione a queste premesse.

Il possessore ricevette l'immobile già affetto da un' ipoteca. Il creditore lo cita in giudizio, perchè la legge vuole che prima di venire sul fondo si rimuova l' attual possessore, e lo si rimuovi dimostrandogli la ragione ipotecaria. Il creditore gliela dimostra: ma non può dire semplicemente io ho la tale ipoteca: deve produrre il certificato dell'inserizione. Ma dal momento che l'inscrizione è perenta, l'ipoteca non affetta più la proprietà, quindi non nuoce più al possessore; il quale durante il giudizio rimase pur proprietario, e finchè rimase possessore del fondo, nella collisione del suo interesse contro quello del creditore può sempre opporgli che il diritto ipotecario si spogliò della forma legale necessaria, acciò fosse operativa sulla proprietà sua.

Si opporrà: se voi eccepite del diritto dei terzi, che direte de' creditori concursuali? Rispondiamo.

Ben diverso è il presente caso da quello che abbiamo esaminato testè circa il concorso. Perchè essendo col sequestro generale delle sue facoltà privato l'oberato del possesso legale, che è trasferito nella massa, la rinnovazione non sarebbe allora necessaria pel motivo che, rimanendo per modo di dire sospesa la libertà del proprietario col sequestro, e convocati tutti i creditori per conoscere rispettivamente le rispettive ragioni, si può ben dire che l'ipoteca prima della scadenza e senza la rinnovazione era veramente esercitata, restando soppressa la libertà del proprietario, ed esercitata e quindi interrotta la prescrizione decennale in confronto a tutte le persone che aveano interesse ad opporla.

Ma nel caso proposto al terzo possessore rimane la libera disponibilità del suo diritto, e il creditore coll'azione ipotecaria non esercita la sua ipoteca in modo da sopprimere la libertà del proprietario, e le possibili eccezioni de' terzi.

Il nostro criterio deduttivo, desunto dalla teorica della prescrizione, rimane dunque spiegato con soggiungere, che questa rimane interrotta quando il creditore esercita l'ipoteca contro il possessore, in modo da impedirgli la libertà del proprietario.

Queste conclusioni sono accreditate dall' Appello lombardo nella sentenza 22 aprile 1854, riformatrice di quella d'una Pretura del 12 febbrajo dello stesso anno. « L'attore, vi si legge, a giustificare la spiegata azione (ipotecaria) deve provare due estremi: di avere il credito quale lo pretende, e di avere per tal credito il diritto d'ipoteca. L'attore Domenico Neri... prova l'aquisto del credito, e colla nota ipotecaria 6 ottobre 1841 prova che per detto credito gli competeva il diritto d'ipoteca; ma non giustifica però di avere conservato questo diritto colla rinnovazione.... La convenuta Maria Colia contestò sempre all'attore che gli competesse un'ipoteca per difetto d'annotamento di surroga.... E se più tardi, cioè nelle finali

deduzioni oppose che quella ipoteca si fosse perenta per difetto di rinnovazione, non è per questo che il diritto accampato dall'attore sia stato da colei ammesso e riconosciuto.... Il creditore che ha ipoteca, quando pel pagamento voglia attenersi al relativo diritto, deve conservarlo nei modi prescritti dalla legge, perchè è sempre di diritto di quello che paga il debito altrui di subingredire nei diritti del creditore dimesso. È inconcludente che la detta inscrizione d'ipoteca sussistesse al tempo della prodotta petizione, perchè la petizione per sè non attribuisce nè azione, nè diritto. Il diritto sorgeva dall'inscrizione operata in base dell'istromento di costituzione dell'ipoteca, cessando il diritto medesimo per non essersi conservato nel modo primitivo colla rinnovazione, esso si rendeva inoperativo, perchè in base di quello si potesse assecondare la domanda: essendo positivo che in qualunque tempo venga ad estinguersi od a mancare il pegno, cessa anco il diritto alla cosa pignorata. »

Questo giudicato piacque anche alla suprema Corte, nella cui decisione 5 dicembre 1854 leggiamo: » trattandosi dell'esercizio dell'azione ipotecaria contro il terzo possessore dell'immobile ipotecato, qual'è la convenuta, diveniva indispensabile, per l'efficacia dell'ipoteca, la sua conservazione mediante la prescritta rinnovazione decennale. »

Però non accettiamo per nostro conto quello che segue: » come l'apertura del concorso generale sulle sostanze del debitore non dispensa i creditori dal praticare le rinnovazioni ipotecarie che occorressero per la conservazione dell'ipoteca, altrettanto l'odierna petizione, colla quale si venne ad esercitare l'azione ipotecaria, non dispensava l'attore dall'adempimento di questo obbligo; e validamente poteva la rea convenuta in qualunque stadio di procedura opporre all'esercizio di questa azione l'estinzione del diritto ipotecario, come la oppose dopo scorso il decennio, prima che emanasse la definitiva sentenza (1). » Diciamo di non accettare questa dottrina in riguardo alla rinnovazione che occorresse durante il concorso: perchè ci sembra di avere sufficientemente stabilita la contraria conclusione coll'autorità della stessa suprema Magistratura.

11. Non dubitiamo che il terzo possessore non potrebbe sottrarsi all'ipoteca del creditore, quando la di lui inserizione fosse scaduta senza essere rinnovata, dopo che avesse praticato il pignoramento giudiziale. Avvegnachè, se anche si dicesse che in conseguenza dell'ommessa rinnovazione l'antecedente ipoteca fosse caduta affatto, il creditore col pignoramento ottenuto nel tempo che avea una valida ipoteca, verrebbe ad acquistare in luogo di questa il pegno giudiziale; il quale, comunque sia efficace solo dalla propria data, e sia posposto ai creditori ipotecarii intermedii, attribuisce però al pignorante un diritto reale, efficace contro il possessore. E null'altro si deve chiedere in di lui confronto.

(1) Gazzetta de' Trib. di Milano an. 5, 1855, num. 48-49.

Ma vediamo dell'efficacia di questo pignoramento in confronto ai creditori che avessero un' ipoteca posteriore a quella che non fu rinnovata, ed anteriore al pignoramento stesso. Io trovo di fare qui una decisiva distinzione. O il pignoramento si può far valere come fosse equivalente ad un'atto di rinnovazione, o non si può far valere che come una nuova iscrizione. Il primo termine della distinzione si verifica allorquando nella formula del pignoramento inscritto apparisse fatta la menzione dell'ipoteca dal creditore inseritta, e la menzione della sua data e dell' ufficio competente. In questo caso l' inserizione del pignoramento comprenderebbe il requisito caratteristico d'ogni rinnovazione (1), e conserverebbe l' inserizione precedente colla originaria prelazione. La differenza che ci sarebbe in questo caso tra il pignoramento e la rinnovazione sarebbe piuttosto un accrescimento, che una diminuzione: perchè il creditore col pignoramento, oltre che conserverebbe la priorità primitiva, otterrebbe eziandio i vantaggi esecutivi inerenti al pegno giudiziale.

Se al contrario nell'inscrizione del pignoramento non si facesse alcun cenno della precedente inscrizione, non potremmo così agevolmente ammettere che questa con quella fosse stata legittimamente rinnovata: perciocchè i terzi non sono obbligati a cercare se il pignoramento sia rinnovativo della precedente inscrizione, o sia piuttosto l' inscrizione nuovissima d'un diverso credito: dalla semplice ispezione dell' annotazione del pegno giudiziale non possono conoscere di questo effetto retroattivo.

La giurisprudenza pratica del giornale di Beretta ci offre all' esame questo caso (2). Francesco era creditore verso Paolo con ipoteca inscritta il giorno 9 settembre 1824. Antonio, creditore per chirografo verso lo stesso debitore, ottenne ed inscrisse nel 2 dicembre 1833 il pegno giudiziale sullo stesso fondo ipotecato a Francesco. Questi sul principio dell'anno 1834 chiese il pagamento del suo credito, ne ottenne sentenza e pignoramento che fece inscrivere il 28 marzo 1834, senza farvi menzione alcuna della precedente sua inscrizione ipotecaria, che egli alla successiva scadenza del decennio trascurò di rinnovare. Proseguendo poi negli atti esecutivi, ottenne nella graduatoria d'essere preferito ad Antonio. Querelossi costui della priorità. La sentenza 20 settembre 1837 di prima istanza rigettò il suo gravame: l'Appello con sentenza 16 marzo 1838 l' accolse; ma il Senato lombardo-veneto colla decisione 20 ottobre 1838 confermò la ripulsa di prima istanza.

Queste decisioni sono dunque diametralmente opposte all' opinion nostra, che un pignoramento, che non accenna affatto alla precedente inscrizione, non crediamo che possa considerarsi come una rinnovazione di essa. Allegavasi in prima istanza che lo spirito della legge uguagliasse il pignoramento alla rinnovazione; ma noi non vediamo come ciò possa essere; poichè una nota qualsiasi non può dirsi rinnovatrice, se non in-

(1) Stabilito di sopra nel num. 6.

(2) Anno 1, 1816, num. 5, pag. 65.

clude l' indicazione dell' inscrizione rinnovata: senza di un tal rapporto la nota di rinnovazione, e quindi anche il pignoramento, non può dirsi che effettui una siffatta rinnovazione; ma è piuttosto una nuova inscrizione arrecante il privilegio della sua data. La legge esigge tal riferimento nelle ordinarie note di rinnovazione: deve dunque esiggerlo anche nel pignoramento, perchè possa funzionare in tal guisa. Queste ragioni erano dedotte con forza ed evidenza nel motivato d' Appello, e noi non sappiamo allontanarci dalle sue conclusioni. E bene egli le conferma alla persuasione nostra, avvertendo come siffatto pignoramento non potea accludere la virtù dell' antecedente inscrizione; perchè i terzi che avessero nel frattempo consultati i registri, si sarieno ingannati se non vedendo alcuna inscrizione anteriore a quella d' Antonio, questa avessero creduta poziore, e come tale acquistata l'avessero. Nè si può opporre qui, ciò che opponemmo nel caso precedente del concorso, che i terzi aventi causa dal posteriore creditore doveano conoscere al pari di lui dell' inscrizione del pignoramento; perocchè essi conoscendolo, non possono comprendere come esso sia rinnovativo della precedente inscrizione, che non appare più per la prescrizione decennale: nel mentre che nel caso del concorso possono formarsi una chiara idea che esso abbia colla sua apertura arrestate tutte le inscrizioni, impeditane la prescrizione e fatto inutile il rinnovamento loro.

Il Senato prescindette da questi rapporti ipotetici per racchiudersi strettamente nei rapporti concreti della quistione di fatto. Il secondo creditore Antonio, dicea, quando faceva inscrivere il suo pegno giudiziale nel dicembre 1833, venne a conoscere la inscrizione 9 settembre 1824. Il successivo atto di pignoramento importava lo stesso titolo creditorio, e quindi *egli sapea* che era l' identico di quello portato dalla precedente inscrizione. In fatto poi la sua condizione giuridica non sofferse alcun mutamento, alcuna deteriorazione. Egli non potè mai imaginarsi che colui avesse rinunciato alla sua ipoteca, come nel caso che avesse trascurata la rinnovazione senz'altra pratica. Al contrario proseguiva alacremente nella persecuzione del suo diritto col pignoramento, colla vendita e colla distribuzione del prezzo. D' altronde il pignoramento giudiziale, che è il primo atto esecutivo, fa sì che l' ipoteca inscritta ancora e non perenta si traduca in una novella forma: da diritto che sussiste per la sola inscrizione, si converte in diritto efficace pel possesso giudiziale che si crea con esso pignoramento. La cosa si toglie al libero godimento del possessore, e cade sotto la mano del giudice, davanti al quale tutte le pretese inscritte si traducono in uno stato di liquidazione. In questo stato di cose, gli altri creditori possono bensì alienare i loro crediti, ed i loro aventi causa potrebbero credere che il pignoramento inscritto non abbia alcuna connessione con precedenti e scadute inscrizioni; ma cotali rapporti non ci aveano nel caso in disputa. Solo ci aveano due creditori che conoscevano a meraviglia i rispettivi precedenti giuridici

il pignoramento praticato dal primo avvertiva il secondo che, invece di rinunciare e trascurare la sua ipoteca, efficacemente invece perseguitavala.

Ciononpertanto non ci troviamo soddisfatti di questa conclusione, quantunque si raccomandi come una diretta suggestione d'un sentimento prezioso d'equità, la quale non permette la caducità d'un diritto per l'omissione d'una forma che in ordine concreto non ha nuocciuto ad alcuno. Perocchè noi non la troviamo al livello di quell'elevato criterio giuridico, col quale a malincuore, ma per un dovere ineluttabile, si sacrifica un interesse temporario quando per proteggerlo bisognerebbe sancire un principio che riescirebbe disastroso nella generalità dell'applicazione. Ella è questa una sovrana esiggenza del metodo induttivo. Giustificare un interesse individuate in niun altro modo si può, se non con un principio che possa essere applicato in ogni caso senza pericolo. Si potrà egli invocare quella decisione pel caso che molti fossero i creditori inscritti? e si potrà quindi costringere tutti costoro a tener conto delle precedenti inscrizioni altrui, per verificare se i pignoramenti posteriori s'assomiglino ad inscrizioni scomparse? Non sarebbe questo un aggravare la condizione dei creditori tutti, costringendoli a studiare nelle iscrizioni e nei pignoramenti delle lontane analogie, a fare ricerche dispendiose e difficili per rilevarne il grado rispettivo? Dove sarebbe ita la pubblicità ipotecaria, se si dovesse cercare altronde che nell'inscrizione la notizia della priorità delle ipoteche inscritte?

A me sembra dunque che siffatta decisione sia peccante della generalità dovuta a qualunque principio giuridico e sia in perfetta opposizione colla prescrizione dell'articolo 17 della sovrana Patente 19 giugno 1826, spiegata nel superiore num. 6, che cioè qualsiasi rinnovazione debba espressamente indicare la precedente inscrizione che si rinnova: senza di che mancherebbe lo scopo distinto d'ogni rinnovazione, che è la conservazione della precedente inscrizione; il quale scopo non si potrebbe ottenere, se nella nuova non si accennasse l'oggetto suo, cioè la conservazione della vecchia iscrizione.

Epperciò in ordine astratto e generale l'inscrizione del pignoramento non si può considerare come causa interrompente la prescrizione decennale; perchè i creditori susseguenti, ai quali, si vuole opporre, non furono in occasione di esso citati in giudizio prima dell'avvenuta prescrizione dell'iscrizione antica: nè essi sono tenuti a conoscere dell'inscritto pignoramento, come di qualunque altra inscrizione, se non nell'atto che essi volessero acquistare alcun diritto sul fondo inscritto (come dissimo nel num. ultimo del precedente §). Quando essi contrassero col commun debitore conobbero l'inscrizione non ancora scaduta: quando essi sono citati in giudizio per l'insinuazione, la liquidazione e la collocazione del loro diritto, l'inscrizione primitiva era prescritta, e il pignoramento non la richiamava: dunque non ci ha alcun mezzo di provare in di loro confronto l'asserita interruzione.

12 Se il pignoramento praticato dal creditore senza l'espressa menzione della precedente inscrizione non esentua dal rinnovarla alla sua scadenza, possiamo porre questo caso, che è il quinto; nel quale dimandiamo: se l'inscrizione scaduta dopo la notifica fatta dall'esecutante agli altri creditori ipotecarj della prima licitazione dello stabile, notificazione prescritta dai §§ 422, 427, 139 e 140 del Regolamento giudiziario, debba ella rinnovarsi sotto pena di perenzione. Per le medesime ragioni che ponemmo nel caso precedente rispondiamo, che una apposita rinnovazione è tuttavia necessaria per conservare l'ipoteca. Imperocchè chiunque de' creditori con ipoteca e senza ipoteca, quando ha un titolo esecutivo, può chiedere il pignoramento e la subasta, e quindi praticare tale notifica.

Il creditore esecutante, dice Grenier, come tutti gli altri non può presentarsi all'ordine, alla distribuzione del prezzo, senza avere una regolare inscrizione. Il solo pignoramento non basta (per attribuire la priorità dell'inscrizione scaduta); perchè può ottenerlo anche un creditore non avente una precedente ipoteca (1).

E Troplong soggiunge, non potersi dire che la notificazione del pignoramento, e quindi della subasta, abbia fissato il grado fra i creditori, e che l'inscrizione abbia compito l'ufficio suo. Gli altri creditori non sono invero obbligati ad altro che a consultare lo stato materiale delle inscrizioni. Non devono essi farsi carico di atti di procedura, ai quali non presero parte alcuna, per conoscere il valore delle inscrizioni. Se si dovesse ammettere il contrario, bisognerebbe dire che la legge, la quale ingiunse ad essi di attingere dai pubblici registri le nozioni relative alla posizione del debitore, sarebbe per essi una delusione; perchè fidandosi della perenzione di inscrizioni non rinnovate, rimarrebbero vittima di ingannevoli promesse (2).

I creditori notificati non possono imaginarsi che il notificante avesse incoata l'esecuzione giudiziale propriamente in base ad un'antica inscrizione. Solo nel giudizio d'ordine potranno farsi carico di essa. Frattanto non devono porre alcuna considerazione speciale al suo diritto d'ipoteca, che non ha altro organo di realtà, di manifestazione e di priorità, se non per la sua inscrizione ipotecaria, e questa, se non si rinnova legalmente, alla fine del decennio si prescrive. Piaccia in proposito di conoscere il motivato del decreto 9 agosto 1821 della Corte francese di cassazione, riferito da Grenier in questi termini » considerando che l'articolo 2154 del Cod. civ. (il presente nostro §) determina che l'effetto dell'inscrizione cessa, se non è rinnovata nel decennio: che questa legge importa all'interesse generale e all'economia del sistema ipotecario francese circa la pubblicità delle ipoteche, le quali non possono risultare altrimenti che dai registri del conservatore e dalle inscrizioni

(1) Grenier, *hyp.* num. 108. (2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 719.

ivi apparenti: che non si trova nei nuovi Codici alcuna eccezione che esentui i creditori inscritti dal rinnovamento, allorchè il decennio si compie dopo il pignoramento e la trascrizione di essa nel registro del conservatore, e la *notifica degli affissi ai creditori inscritti*: dal che emana la conseguenza, che qualunque creditore non può presentarsi all'insinuazione con un'inscrizione non rinnovata a suo tempo: considerando che non si può ragionevolmente reputare che questi atti di procedura, anteriori alla scadenza del decennio, operino una specie di contratto giudiziale fra i creditori, il quale interrompa la prescrizione decennale; perchè in tali atti non si può vedere altro che delle formalità preliminari alla vendita dello stabile ipotecato; considerando che la *discussione e la vera contestazione di lite sopra questo argomento non comincia che al tempo dell' insinuazione*, quando ciascun creditore produce i titoli suoi; atteso finalmente che è constatato in fatti che l'agente del tesoro si è presentato all'ordine con una inscrizione, che si trovava omai perenta all'epoca del giudizio d'aggiudicazione del 5 febbrajo 1818, e dell'aprimento dell'ordine del 15 maggio seguente, rigetta, ecc. (1).

13. Poniamo il sesto caso dell'inscrizione di un creditore qualunque, la quale fosse scaduta dopo la delibera fatta all'asta giudiziale esecutiva e prima che il deliberatario avesse pagato il prezzo, od in altro modo ottenuta l'aggiudicazione (2). Sarà in allora necessaria la rinnovazione ad arrestare la prescrizione decennale?

L'opinione più ricevuta importa che non sia necessaria: ma questa non è una conclusione molto evidente. Chè anzi l'immediata deduzione del criterio che abbiamo premesso a questo genere di quistioni suggerirebbe una decisione contraria. Si direbbe che nelle pratiche esecutive e nello stesso atto della delibera del fondo ipotecato non si riscontrerebbero ancora gli estremi per interrompere la prescrizione decennale a termine del § 1497 del nostro Codice civile; perchè i creditori che hanno ricevuto la notifica della subasta, ed hanno assistito alla delibera, non hanno riconosciuto nè espressamente, nè tacitamente, l'anteriorità dell'ipoteca dell'esecutante, o quella di qualunque altra ipoteca inscritta sul fondo

(1) Grenier, *hyp.* num. 106. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 718, allega altri due decreti della stessa Corte di cassazione in data 31 gennajo 1821 e 18 agosto 1830, che affermano la necessità di rinnovare l'iscrizione anche dopo che il pignoramento è notificato nei registri ipotecarj ed ai creditori.

(2) Si eviti questa logomachia. Noi distinguiamo la *delibera* dalla *aggiudicazione*: la prima è l'atto col quale la maggiore offerta fatta all'asta viene semplicemente accettata colla chiusura del protocollo dell'asta, § 433 del Reg. giod.; la seconda non si accorda dal giudice se non dopo sborsato il prezzo, o data cauzione di esso, o disposto in altro modo d'accordo cogli altri creditori: § 439 Reg. giod. Presso i Francesi invece, o i loro imitatori, si dice indifferentemente aggiudicazione anche la semplice delibera: cosicchè sono costretti a differenziare la vera aggiudicazione dalla delibera, con chiamarla aggiudicazione definitiva: vedi gli art. 696-715 del Cod. di proced. francese, e il nostro § LXI.

venduto. L'esecutante poteva chiedere la subasta anche senza aver bisogno d'un'ipoteca di data anteriore: il pignoramento esecutivo gli bastava. Un altro creditore, che avesse lasciato caducare la sua ipoteca dopo la delibera, non ha opposto ancora il suo diritto agli altri, e dovrà serbarlo per l'insinuazione nel seguente giudizio d'ordine, o contro il deliberatario nel caso che il giudizio d'ordine non avesse luogo, perchè il prezzo fosse sufficiente alla dimissione di tutti i creditori inscritti. E finalmente si potrebbe conchiudere che nel momento della delibera nessuna delle ipoteche inscritte, e non rinnovate dappoi, non ha ancora ottenuto il suo effetto, perchè questo si procaccia coll'effettivo pagamento del credito.

Però l'opinione più ricevuta è anche la più vera. Per bene apprezzarla distinguiamo queste due diverse eventualità, secondo che il creditore, che ha ommessa la rinnovazione, dovrà trattare cogli altri creditori nel giudizio d'ordine, ovvero, se questo non avesse luogo perchè il prezzo fosse sufficiente a dimettere tutti gli inscritti, avesse a trattare col deliberatario, che fosse obbligato a dimettere in genere tutti i creditori inscritti.

Sì nell'uno che nell'altro caso la delibera è quell'atto fondamentale per cui tutte le ipoteche inscritte sul fondo venduto cominciano a risolversi; in quanto che per essa la proprietà fondiaria si mobilizza nel suo valore e questo viene a convertirsi nella di loro soddisfazione. Tutte le altre formalità, che la precedono o la susseguono, costituiscono una serie sola di atti, tra i quali ella campeggia come l'atto principale, come quello senza del quale il pignoramento e la stima e la subasta, e l'aggiudicazione, e il giudizio d'ordine, successivi gradi dell'esecuzione non avrebbero nè scopo, nè causa, nè ragione. E ciò che diciamo della delibera, sia pur detto dell'assegno giudiziale, che domandasse alcun creditore, quando il fondo non si potesse vendere altrimenti. Perchè si l'una che l'altro sono due specie di una stessa vendita giudiziale (1). Questo contratto costituisce il punto più importante dell'esecuzione, e quindi della realizzazione dei diritti dei creditori sulle facoltà del debitore. Avvegnachè essi non potrieno essere graduati e soddisfatti sul valore del fondo, se questo valore non fosse realizzato o colla utilità dell'assegno o in genere col prezzo della vendita. Avanti d'essere conchiuso questo contratto giudiziale, abbisognarono bensì le pratiche preparatorie del pignoramento, della stima e della subasta; ma viddimo che queste pratiche non sono bastevoli a interrompere la prescrizione decennale, e non influiscono sulla posizione rispettiva di ciascun creditore. E se dopo di esse la delibera o l'assegno non avessero luogo, le ipoteche continuerebbero a sussistere come prima sul fondo, e per sussistere avrieno bisogno d'essere conservate coll'inscrizione: come avverrebbe nel caso che un altro creditore o il possessore dimettessero il creditore esecutante.

(1) Della delibera tratteremo nel § LXI, dell'assegno giudiziale nel § LXII.

Colla vendita giudiziale avviene invece una mutazione importante nella natura delle ipoteche inscritte. Poichè essa si suppone fatta per parte dei creditori stessi, i quali fungono le veci del venditore, e il deliberatario o l'assegnatario di compratore. Venduto il fondo si cambia la materia delle ipoteche, e con ciò la loro natura. Se dapprima sussistevano sull'immobile come tale, dopo la vendita, alla cosa succede il prezzo, al fondo succede il valore; l'ipoteca, considerata come la facoltà reale del vendere, si è realizzata mobilizzando la proprietà fondiaria dall' entità fisica all'entità economica del suo valore. Questo fatto stà e produce i suoi effetti in confronto a qualunque creditore: la sua ipoteca ha dunque funzionato, fu esercitata; e dal momento che fu messa in esercizio la prescrizione decennale si deve reputare per interrotta. Ben è vero che al momento della vendita non si conosce se tutte le ipoteche inscritte potevano funzionare, non si conosce ancora in qual modo possano esercitarsi ne'rapporti di priorità. Ma il non conoscere non vuol dire che manchi la sostanza reale della cosa sconosciuta. Si può disputare dappoi a tutto agio, sia nel giudizio d'ordine, sia nei rapporti particolari col deliberatario: ma disputandosi non si deve conoscere altro se non di questo, che al tempo della delibera e dell'assegno ci fosse stata una valida ipoteca inscritta: poichè dopo quel contratto nessuna ipoteca abbisognava d' essere rinnovata o conservata sul fondo, che era stato venduto dagli stessi creditori, perchè ne fosse liberato. Vendere un fondo per estinguere le ipoteche inscritte su di esso: e voler conservate le ipoteche sul medesimo, sono certo due pretese contradditorie. Quest'ultima pretesa perciò non può sostenersi affatto.

L'ipoteca del creditore, la cui inscrizione non fu rinnovata dopo la delibera, avrà effetto nelle successive pratiche della insinuazione, graduazione, riparto e pagamento, in quanto che non ha bisogno d'altro che d'essere dimostrata e conosciuta come esistente e legittima al tempo della vendita giudiziale. In quanto adunque per questa vendita è posta la causa giuridica dell' effettivo esercizio, e dello scioglimento dell' ipoteca non rinnovata, questa potrà opporsi a chiunque avesse avuto parte in quel contratto: perchè per occasione della vendita giudiziale si sarebbe esercitata in confronto di coloro, che avrebbero avuto interesse di opporre ad essa la prescrizione decennale.

A questa conclusione s'avvicinarono anche i francesi, sebbene non allegassero questo nostro criterio, che desumiamo dalla teorica generale della prescrizione. Essi riconoscono tuttavia una grande efficacia in questo contratto giudiziale che si compie colla delibera, e che viene, secondo Troplong, a vincolare tutti i creditori verso l'acquirente, e rispettivamente verso sè medesimi (1); i quali, secondo Grenier, conservano i loro diritti, e nello stato medesimo in cui trovavansi al momento della delibera si presentano

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 720.

al giudizio d'ordine, che non è altro che una pratica necessaria e conseguente dalla delibera stessa (1).

Il Codice albertino nell'art. 2242 tolse ogni dubbio con prescrivere, che « la rinnovazione di un'inscrizione non sarà più necessaria allorchè, prima della scadenza del quindennio dal giorno della data e della rinnovazione, sarà seguita per subastazione forzata la vendita dei beni affetti all'ipoteca, oppure, collo spirare del termine conceduto ai creditori per domandare una nuova vendita, si troverà fissato definitivamente il prezzo dell' immobile ».

Posto il principio, possiamo condurre i seguenti corollarii.

a) L' ipoteca scaduta dopo la delibera non rimane prescritta, e non perde l'efficacia reale contro il deliberatario, perchè il creditore ha in suo riguardo le azioni *ex vendito.*

b) Nel caso che il fondo fosse rivenduto a rischio e pericolo del primo deliberatario, si conserva ancora efficace contro il primo e il secondo deliberatario; perchè questa nuova subasta si fa a tutto rischio del primo deliberatario; epperciò, come osservano Troplong (2) e Mattei (3), questo secondo contratto è una conseguenza del primo; il nuovo deliberatario viene sostituito al primo solamente per adempiere alle di lui obbligazioni assunte nell'antecedente contratto; ma il primo contratto sta, e i creditori conservano tuttavia la posizione, che aveano definitivamente occupata in quel momento.

c) L'ipoteca si conserva egualmente, nonostante l'omessa rinnovazione, in confronto a tutti i creditori aventi ipoteca sul fondo venduto, e si conserva nel successivo giudizio di graduazione, per ottenere nel riparto quella soddisfazione che avrebbe avuta se fosse stata rinnovata.

d) Però non si conserverebbe in confronto ai terzi che non fossero intervenuti nel contratto della vendita giudiziale: come accadrebbe nel caso che il deliberatario avesse ottenuto l'aggiudicazione prima di pagare o depositare il prezzo, ed avesse poscia venduto lo stabile ad un terzo. L'ipoteca non rinnovata non avrebbe efficacia contro di costui.

La terza di queste nostre conclusioni fu pur professata dai nostri tribunali. La sentenza d'Appello 27 agosto 1845, n. 7284, confermata dal Senato lombardo veneto colla decisione 9 febbrajo 1846, riconoscea valida una ipoteca esclusa dalla graduatoria, sebbene fosse scaduta dopo la delibera senza essere rinnovata. Le ragioni allegate erano le seguenti: l'articolo 46 del Regolamento 19 aprile 1806 e l'articolo 13 della Notificazione governativa 25 novembre 1826 concordano nel dichiarare cessato l'effetto della inscrizione ipotecaria, ove fosse trascurata la rinnovazione decennale; ma l'effetto dell'ipoteca era già cessato colla delibera giudiziale, che è un

(1) Grenier, *hypoth.* num. 408, che cita in conferma il decreto 4 marzo 1822 della Corte reale di Riom.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 721.

(3) Mattei, Cod. civ. aust. vol. 2, pag. 809.

mezzo di più facile evidenza per conoscere i pesi incumbenti sul fondo, che il proprietario escusso non potrebbe più alienare od obbligare. Ella è un contratto stipulato tra il deliberatario e i creditori, sotto la condizione sospensiva della proprietà finchè il prezzo non è pagato. Abbisogna la graduatoria, come necessaria a conoscere l'esistenza delle ipoteche; ma esse si retroiraggono al giorno del contratto giudiziale, nel quale il prezzo succede alla cosa, e sopra questo i diritti ipotecarii rimangono invariabili (1).

Diceva la Pretura di . . . . nei motivi della sentenza 31 dicembre 1850, n. 7661 che citammo sotto il § XXII, num. 6: « la mancata rinnovazione entro il decennio non toglie l'azione al creditore ipotecario, in sede di priorità dopo la subasta e la graduatoria, pel riflesso che la subasta si fa per conto ed interesse non solo dell'esecutato, ma di tutti i creditori inscritti, i quali se ne rendono avvertiti coll'intimazione personale, epperciò tutti concorrono nel contratto giudiziale della vendita, per l'effetto della quale, se per l'esecutato si estingue il diritto di dominio, pei creditori inscritti si estingue di pari passo il diritto d'ipoteca (2).

Questa medesima conclusione fu accettata dal tribunale provinciale di Bergamo colla sentenza 1 maggio 1854 n. 3514 confermata dall' Appello lombardo il successivo 14 luglio. « Scopo dell'ipoteca, diceasi nella prima sentenza, egli è quello d'assicurare al creditore il pagamento del proprio credito colla vendita dell' immobile su cui trovasi assicurato, e questo scopo devesi ritenere per definitivamente raggiunto ogniqualvolta a carico del debitore moroso sieno stati intrapresi e regolarmente proseguiti tutti gli atti di espropriazione fino al punto della giudiziale delibera. Col fatto di tale delibera resterebbero irretrattabilmente fissati i destini e le condizioni di tutti i creditori ipotecarii: non potendosi dal proprietario escusso più alienare, nè obbligare ai terzi, nè ricuperare il fondo giudizialmente appreso, e le successive pratiche di procedura per la insinuazione e graduazione di essi creditori non ad altro mirerebbero, che a riconoscere e determinare lo stato in cui trovavansi all' epoca della seguita subasta. Inutile quindi e del tutto frustranea sarebbe dopo tal'epoca la rinnovazione delle inserizioni: giacchè da nessun' altro creditore potrebbesi prendere ulteriori valide ipoteche . . . . . (3).

Buone decisioni son queste: ma lasciano desiderare che il principio deduttivo di questa difficile materia venga riconosciuto con quella evidenza, che non lasci esitante il giudizio nelle più remote contingenze. Con ciò manifestiamo il dubbio che, senza la teorica generale della prescri-

(1) Beretta, *Giornale di giurispr. prat.* an. 1, 1846, num. 5, pag. 69.

(2) La qual sentenza pronunciata nella causa Neri contro Tassoni venne confermata in questo riguardo dalla sentenza d' Appello 20 giugno 1851, n. 7266, e dall' aulica decisione 19 febbrajo 1852, n. 9451: Beretta, giornale di giurispr. prat. an. 8-1855, num. 2.

(3) Gazzetta de Trib. di Milano an. 5, 1855, num. 48 e 49.

zione, non si possano comporre le molte controversie che abbiamo fin qui esaminate.

11. Dopo la precedente conclusione negativa è inutile ricercare se si debba rinnovare l'inscrizione scaduta dopo l'aggiudicazione dello stabile, o le citazioni de'creditori all'insinuazione de'loro titoli per la graduatoria. Però, per maggiore documentazione de'singoli casi che ponno occorrere nella pratica, poniamo distintamente le conclusioni adatte a ciascuno di essi.

La rinnovazione non è più necessaria quando la vendita giudiziale dell'immobile ipotecato è compiuta col rilascio del decreto d' aggiudicazione, da farsi al deliberatario a sensi del § 439 del Regolamento giudiziario: imperocchè allora la proprietà venduta passa libera da ogni peso nell'acquirente; e quindi, non che soffrire questi la rinnovazione de'crediti dimessi, ha diritto di chiedere la cancellazione di tutte le' inscrizioni; e, per riguardo ai rapporti tra i creditori concorrenti, la delibera giudiziale, e la disponibilità del prezzo o pagato o cautato, li ha messi in istato di giudiziale liquidazione retroattiva al dì della delibera (1)

Ma supponiamo che l' aggiudicatario, che non avesse pagato il prezzo, e non avesse dato cauzione, avesse alienato od ipotecato il fondo acquistato: la ipoteca non rinnovata del creditore antecedente sarebbe ella tuttavia esistente sul fondo a carico degli aventi dato dall' aggiudicatario? Potrebbe egli chiedere la nuova subasta a suo rischio e pericolo ?

No: l'aggiudicazione lo ha fatto proprietario, senza condizione alcuna. L'inscrizione sussistente al tempo della delibera ha effetto, senza la rinnovazione, sul prezzo o sul fondo, se è ancor disponibile; ma dopo l'aggiudicazione, il fondo è divenuto di proprietà dell'acquirente, e poscia alienato non può essere perseguitato, se non da uno che avesse su di esso conservato un diritto reale mediante l'inscrizione. Caducata codesta quando per l'aggiudicazione seguì il trapasso della proprietà, questa non può pervenire ai terzi affetta da ipoteche non inscritte.

Conchiudiamo adunque con Troplong: che l'inscrizione, che sussisteva ancora al tempo della aggiudicazione definitiva, non ha più verun bisogno d'essere rinnovata per avere posto nel giudizio d'ordine, quando l'aggiudicatario avesse pagato o depositato il prezzo, o, non pagando, si possa chiedere la seconda subasta a suo carico. Ma se l'aggiudicatario avesse rivenduto (od ipotecato) il fondo senza pagare il prezzo, le inscrizioni perente

(1) Favard de Langlade *Repert.* v. *inscription hyp.* sect. 7 nom. 4, Grenier, *hyp.* num. 108, 109, 110, e 475. Troplong *des priv. et hyp.* nom. 720, Doraolon, *droit. civ.* tom. XI, *hypoth.* n. 165, che s' appoggiano sui decreti 31 gennajo 1821, 7 luglio 1829, 14 giugno e 20 dicembre 1831 della Corte francese di cassazione, sul decreto 19 agosto 1820 della Corte reale di Parigi, sul decreto 4 marzo 1822 della Corte reale di Riom. Mattei, *al Cod. civ. aust.* vol. 2, append. 1, art. 2154, n. 17-25.

dopo l'aggiudicazione definitiva sono senza efficacia in confronto a' di lui aventi causa (1).

Nell'ultimo caso della chiamata de'creditori all'insinuazione e classificazione sul prezzo dello stabile venduto giudizialmente, non ci ha un'ombra di dubbio che non sia abbisognevole la rinnovazione: perciocchè in questo ultimo momento della procedura esecutiva, si riscontra evidentemente la causa interrompitrice della prescrizione decennale, come dimostrammo avvenire all'epoca dell'aprimento del concorso generale de' creditori per causa di fallimento (num. 6). Così la giurisprudenza francese (2) e la nostrale pienamente s'accordano in questa conclusione.

§ L.

Il diritto d'ipoteca può essere esercitato e realizzato dal creditore o mediante il subingresso e il suppegno, o mediante l'azione ipotecaria, e può estinguersi nei modi e colle norme indicate in appresso.

SOMMARIO.

1. Della virtualità effettiva dell'ipoteca nella sua doppia natura economica e giuridica.

Dopo aver dato nei precedenti quattro paragrafi un'idea generale della *virtù elementare* dell'ipoteca, ponendola in ciascun de'generi di rapporti, che si combinano nel modo giuridico, veniamo ne' quattro Capi che seguono ad esaminare la sua *virtù effettuale* e pratica, secondo che si considera in alcuna parte della sua natura, che può essere od economica o giuridica; e la seguiamo coll'attenzione in tutti i passaggi che ella fa ne'varii possibili rapporti generali e particolari. Così abbiamo destinato il Capo primo alla sua virtualità economica, che ha per forma il subingresso e il suppegno: e il Capo secondo alla sua virtualità giuridica, che si manifesta colla cosidetta azione ipotecaria. Destiniamo il Capo terzo per conoscere le norme del giudizio d'ordine, ossia di graduazione, e quelle del giudizio concorso generale dei creditori. E per ultimo nel Capo quarto consideriamo le cagioni intrinseche od estrinseche, per le quali l'ipoteca si discioglie.

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 722 e 722 bis.

(2) Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription hyp.* sect. 7, n. 3. Decreto 3 aprile 1808 della Corte di cassazione francese.

CAPO PRIMO

DEL SUBINGRESSO E DEL SUPPEGNO.

§ LI.

Il credito ipotecato si può trasferire dall' una nell' altra persona o per consenso del creditore, o per sentenza di giudice, o per disposizione di legge. Nel primo caso la trasmissione si dice avvenire per cessione, negli altri per surroga. Chi paga il debito di un altro subentra nei diritti del creditore. A questo fine il creditore soddisfatto è tenuto di consegnare a quello che ha pagato tutti i mezzi che vi fossero atti a sostenere il diritto o ad assicurarlo. Però di regola non può il terzo senza il consenso del debitore, che vi abbia diritto, costringere il creditore a ricevere il pagamento. Se tuttavia il creditore lo avrà accettato, il terzo che paga può, anche dopo fatto il pagamento, domandare la surroga. Nel Capo seguente si determina a quali persone competa il diritto di costringere il creditore a ricevere il pagamento indipendentemente dal consenso del debitore (§ LXIII).

Chi cede gratuitamente un credito non è obbligato più oltre. Nella cessione a titolo oneroso il cedente è responsabile al cessionario tanto per la verità del credito, quanto che esso sia esigibile, ma non è mai tenuto a più di ciò che ha ricevuto dal cessionario. Nella surroga il creditore non è tenuto dell' esigibilità del credito, se non quando sia intervenuto dolo.

Argomento dai §§ 462, 1358, 1392-1399, 1423 e 1431 del Codice civile generale austriaco.

SOMMARIO.

1. Il capitale convertito in credito fondiario non deve perdere pel creditore la virtù economica della circolazione.
2. Difficoltà dell' assunta materia. Ella si divide in subingresso e in suppegno. Il subingresso può avvenire o nel credito ipotecario, o solo in riguardo al grado dell' ipoteca.

1. L'intendimento finale della legge naturale del credito informa l'ottimo sistema ipotecario di quel principio superiore, che nell'Introduzione dicemmo esser quello per cui si deve permettere dall'una parte al proprietario d'uno stabile di fare delle prelevazioni sul valore del medesimo, e dall'altra si deve attribuire al capitale altrui, convertito a questo uso, la sicurezza della proprietà stessa, lasciando al creditore la libera disponibilità del diritto risultante dalla stessa operazione di credito. Dopo aver noi veduto in qual modo quella legge naturale avesse potuto operare nell'interesse della proprietà del debitore, e della sicurezza reale del creditore, l'ordine della dimostrazione c'invita a conoscere se e come possa il creditore disporre economicamente del suo diritto creditorio, ed in qual modo l'instituzione ipotecaria vigente in queste provincie funzioni per quest'ultimo fine.

Non è difficile di comprendere come interessi vivamente al creditore di realizzare il suo credito prima ancora della scadenza, e, declinando dalle spese e dalle lentezze d'un giudizio di espropriazione, invitare altri capitalisti a sostituirsi in suo luogo, ed a cambiare il proprio diritto con un loro corrispondente capitale, del quale egli fruirebbe come se ricevuto l'avesse in pagamento dal debitore. L'utilità sociale dei crediti, avvertiva Toullier, sarebbe molto minore di quello che sembra, se non ne fosse autorizzata la trasmissione, affinchè il loro proprietario non rimanesse lungo tempo bisognoso di quelle ricchezze, che egli comunicava per i bisogni altrui. Il problema del credito rimarrebbe scemato di molta parte dell'utilità sua, se dovesse essere limitato a fecondare l'industria del primo che ne avvantaggiò, lasciando a lui la disponibilità libera, che si toglieva nel valor corrispondente al proprietario del capitale comunicato (1).
E diffatti il favorire il proprietario, permettendogli di mobilizzare la

(1) Toullier, *droit civ.* liv. III, tit. VI, chap. 8, num. 155.

sua facoltà giuridica della proprietà, significa appunto che si può disporre giuridicamente d'un valore anche allorquando non lo si potrebbe economicamente. Il proprietario ipoteca il suo fondo, cioè mobilizza il suo valore, senza privarsi egli stesso dell'utilità economica del fondo medesimo. Egli si priva solo della libertà giuridica del fondo: il suo diritto di proprietà resta scemato e limitato dall'ipoteca. Lo stesso può avvenire circa il diritto creditorio del capitalista. Di lui non si può dire ragionevolmente che per aver affidato ad altrui il suo capitale, non ne possa più disporre in alcun modo, finchè non gli sia restituito alla scadenza. Imperocchè noi non diciamo che il creditore possa disporre del capitale medesimo che in determinate specie ha affidato al debitore; queste specie, questi effetti, questi danari più non gli appartengono, e quindi non ne può disporre finchè non gli siano restituiti. Coll'operazione del credito egli si è espropriato d'una sua facoltà economica; però non ha ancora rinunciato a ricuperarla. Ha perduto la facoltà economica di un dato capitale, ma ha conservato la facoltà giuridica di riaverla. Questo è ciò che si dice diritto creditorio. Or bene, in quel modo che il proprietario può disporre della sola facoltà giuridica della proprietà sua, il capitalista può disporre del suo diritto creditorio. Ma come può avvenire, si domanda, che egli possa alienare e mettere in circolazione ciò che economicamente e in date specie di valori materiali egli non può possedere? È alienabile tutto ciò che ha un valore comunicabile a chichessia. Però si osservi che la proprietà ha un valore per chiunque, purchè questo valore sia comunicabile e si possa apprezzare. È apprezzabile il valore della proprietà e come diritto e come sostanza economica (§ XIII). È poi comunicabile col diritto reale d'ipoteca, come dissimo sin qui. Così del diritto creditorio. Perchè fosse comunicabile bisognerebbe che avesse un valore ossia un'utilità comune agli altri: a chiunque volesse acquistarlo. Suppone che si possa trasferire in altri, e che nell'atto di passare ad altri, costoro lo apprezzino presso a poco come lo apprezza il creditore che lo aliena. Vediamo dunque se il credito ipotecario abbia ambedue questi caratteri.

Il diritto creditorio, come qualunque altro diritto che ha per oggetto ultimo delle entità economiche si può cedere e trasferire in altri; il che vedremo appositamente in appresso. Ma la condizione difficile ad ottenersi è la seconda, circa la dimostrazione del suo valore, e la sua conservazione quando passasse in mano dei terzi. Questa facoltà giuridica ha senza dubbio un valore per il creditore, e, se fu costituita con tutte le regole prudenziali, ha anche un valore perfettamente eguale a quello del capitale affidato, e talvolta un'utilità maggiormente appetibile per la sicurezza della sua collocazione e per i lauti interessi che ne conseguono. Ella non rappresenta direttamente il capitale affidato, perchè non può tantosto realizzarlo per la lontana scadenza del mutuo, e per le difficoltà dell'esecuzione ipotecaria. Il creditore ha cessato di poter disporre della

specie del capitale, ma con questa facoltà giuridica è certo che può in tempo futuro ricuperare un capitale corrispondente sulle sostanze del debitore. Questa facoltà giuridica è distinta dalla facoltà economica, dal potere di disporre del capitale: è una proprietà morale, metafisica, astratta dal possedimento delle cose materiali: ma nella mente del creditore ingenera una certezza di ottenere questo possedimento: ha quindi una estimazione, un valore.

Perchè questo valore sia realizzabile ossia permutabile con delle specie economiche di valori, se non si può ancora realizzare giuridicamente coll'azione ipotecaria, lo dev' essere col concambio di altri valori. Ma per essere accettato in commercio, fa mestieri che sia egualmente o con poco divario apprezzato da chicchessia. Per far questo abbisogna che i terzi possano facilmente acquistare la persuasione e la certezza medesima che ha il creditore sull'efficacia del proprio diritto; che essi, acquistando quel credito e subentrando nelle ragioni del creditore, non temano d'essere o traditi dalla fede, o molestati per l'insolvenza del debitore. In una parola perchè la facoltà giuridica diventi una facoltà economica ha bisogno che sia per chiunque un segno rappresentativo d'un valore.

La giuridica, tra gli altri inestimabili beneficii, ha arrecato pur questo di affrettare il contentamento de' diritti creditorii, foggiandoli colle estrinseche forme in modo che adempiessero a tutte le funzioni economiche. Per tal modo vedemmo la proprietà fondiaria suscettiva delle funzioni creditorie, quando nell'ottimo sistema tavolare l'inscrizione della proprietà stessa divenne il segno rappresentativo del suo valore. Per non diversa guisa si organizzò il credito personale, quando nella lettera di cambio le firme dei debitori si dissero bastevole prova d'un diritto creditorio, e colla pronta esecuzione, e colla lunga serie delle girate se ne garantì la rapida realizzazione dei valori; o quando per le banche si creò un organismo intermedio, ove le astratte e pericolose obbligazioni giuridiche si trasformarono in biglietti, la cui impronta assicurasse al portatore un valore assai più certo e più comodo di quello che si attribuisce alla moneta.

Così avvenne negli ultimi tempi dell'obbligazione ipotecaria, che i legislatori e gli economisti si studiarono di conformare nella lettera di pegno, creata o dall'autorità comunale, o da una società intermedia tra i proprietarii e i capitalisti, che viddimo funzionare in Germania, Svizzera e Francia (1), e negli ultimi tempi anche in Austria. E per non diversa via, e con simile intendimento il sistema tavolare di Germania attribuì all'inscrizione gli effetti press'a poco identici della lettera di pegno; perchè, come mostrammo nel superiore § XLVIII, l'inscrizione ipotecaria secondo quel sistema si esibisce come documento col quale la facoltà giuridica ipotecaria ottiene nei giudizii un'efficacissima prova, e di conse-

(1) Introduzione num. XXIV, XXV, XXVIII, e XXIX.

guenza nei commercii è un rappresentativo indubitabile del valore accreditato. Tuttavia, parlando ivi della prova risultante dall'inscrizione, vedemmo come fosse imperfetto e insufficiente a quello scopo giuridico il sistema ipotecario che ci regge: come l'inscrizione da noi abbia una virtù affatto negativa: senza di essa cioè non ci sia la sicurezza reale dell'ipoteca; ma solamente con essa non si dimostri ancora l'entità della garanzia medesima. Il creditore colla sola inscrizione non prova che sussista tuttavia il credito professato: non prova che la proprietà ipotecaria sia veramente sottomessa al creditore, perchè questi deve per altri mezzi dimostrare che fosse appartenuta al debitore che la costituì: l'inscrizione non prova che quel qualunque diritto di proprietà fondiaria arrechi un valore, sulla cui base si deve misurare l'entità della garanzia ipotecaria: e finalmente non esclude ogni dubbio sulla verità del titolo, e sulla legittimità stessa dell'inscrizione che fu presa con quello.

Da questa deplorabile inperfezione del nostro sistema, e tanto più poi da quella assai più disastrosa del sistema francese consegue che il creditore non può disporre economicamente del suo credito ipotecario; perchè il constatarne la certezza giuridica sarebbe soventi volte o impossibile, o per lo meno assai incerto e pericoloso. Quindi il problema del credito fondiario rimane tronco nel momento del suo facile e più rigoglioso sviluppo: il creditore, invece di realizzare il suo diritto nelle pacifiche transazioni, si ritorce contro il misero debitore e lo incalza senza misericordia coll'azione esecutiva: indi gli spogli violenti degli aviti possessi, l'incaglio negli affari, la ricchezza dispersa nell'attrito dei giudizii, le angustie e i livori subentranti agli amichevoli rapporti d'una onesta convivenza.

Non è solo la sicurezza reale, ma la diuturnità dei rapporti creditorii che importa al Legislatore e alla nazione di guarentire.

Il credito fondiario comunque assicurato sufficientemente nella realità sua, per difetto di questo ulteriore sviluppo, intristisce fin nella radice. Limitato all'immobilità dei primi rapporti tra i quali è nato, s'angustia d'una mortale concorrenza ed è vinto dallo sviluppo maraviglioso del credito personale alimentato dall'attività industrale e mercantile ognora crescente, dai prestiti pubblici e dalle più allettatrici lusinghe delle nuove speculaztoni. Merita adunque che gli sia fatta giustizia: che ad esso non si dinieghi la sua naturale libertà, e con essa si accresca questa ricchezza che ha i privilegi della libertà per l'agevolezza della sua manipolazione, e i vantaggi della proprietà senza il peso della materia: elemento vitale che, come il sangue depurato dai primi elementi, ricrea e vivifica il corpo della nazione.

2. Però, in difetto di questa sistemazione economica, il diritto ipotecario può e deve talvolta essere adoperato nelle private transazioni, quando il creditore trova in qualche maniera di persuadere ad alcuno

l'utilità del medesimo, od altri per le loro particolari circostanze hanno interesse di acquistarlo. E da tempo assai remoto le leggi civili riconobbero la possibilità giuridica di questa comunicazione del diritto creditorio dall'una nell'altra persona, fatta astrazione da qualunque influenza attiva o passiva da parte del debitore.

E questa possibilità pratica è quella che viene nel presente nostro esame, la cui materia però, secondo la confessione di Merlin e di Toullier, è la più spinosa fra le più difficili della giurisprudenza; perchè il tenue sviluppo che ottenne nelle leggi romane, il favore grande che spesse volte è dovuto alle parti contrarie, le poco sensibili differenze delle varie categorie accreditate nelle scuole, la varietà delle opinioni e dei giudicati hanno contribuito a rendere il convincimento nelle singole parti in sommo grado dubbio e perplesso (1). Anzi quell'eruditissimo ingegno di Troplong, dopo avere esordito questo soggetto proponendosi di trattarlo *avec toute l'étendue désirable* (2), con tutta ingenuità poco appresso soggiuge : *c' était même quelque chose de fort obscur que tout ce qui se rattachait à la matière des subrogations;* e quindi differisce di trattarne più a fondo in alcuna delle sue opere future: *mais on sent que ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette matière qui appartient principalement au titre des obligations, et qui n'est ici qu'un accessoire* (3). E Gauthier (l'ultimo trattatista speciale della surroga, scrittore circospetto e secondo le occasioni ardito ed adorno, dal quale trarremo un grande ajuto nelle seguenti nostre ricerche) ci premunisce pur nell'esordire con questo memorabile avviso: *et cependant, il faut bien le reconnaître, cette matière considérée comme l'une des plus ardues par tous les jurisconsultes, est aussi l'une des moins connues de la plupart des praticiens* (4).

Noi per il canto nostro non vorremo illuderci con soverchia fidanza sopra i veri triboli cui andiamo incontro. Noi abbiamo da seguire nella storia del Diritto una via faticosa, incerta e talvolta quasi inaccessibile per i guasti operati dal tempo. Però per nostra fortuna ci potremo avvantaggiare sui francesi per due grandi benefizj; l'uno per lo stato soddisfacente della tradizione italiana che ci consegnò la dottrina delle leggi romane con tutta quella schiettezza e quella loro naturalità, che non impedisce alla scienza moderna di progredire fecondandole opportunamente; l'altro di avere nel nostro Diritto civile in questa materia una assai più prudente e più progressiva legislazione, che non sia quella del Codice civile francese.

Tuttavia diciamo che ci si affacciano delle gravissime difficoltà da vincere. L'una, nuovissima, è cagionata dal maturo sviluppo del sistema ta-

(1) Merlin, *Repertoire*, v. *subrogation*, sect. 2, in principio, Toullier, *Droit civ.* liv. 3, tit. 3, chap. 5 num. 97.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 339.

(3) Id. ibid. num. 351.

(4) Gauthier, *traité de la subrogation des personnes*, in princ.

volare del nostro Codice civile, per cui la trasmissione del credito ipotecario è facilitata, come dissimo, al pari di quella di ogni altro segno rappresentativo di valore: nel mentre è così incerta e difficile nel vigente reggime. L'altra è connaturale alla complessione dell' idealismo giuridico di questa materia, la quale è distesa sopra una grande complicazione di rapporti, che tengono in faticoso esercizio le due facoltà filosofiche dell'astrazione e dell' analisi.

Per attenuare quest' ultima sarà bene di cominciare a scomporre i due termini del nostro assunto: la trasmissibilità del credito ipotecario. E diremo prima che due sono i modi di queste trasmissioni, cioè per alienazione, e per pegno. Il primo modo è per noi additato col nome generico di *subingresso*, al quale assegniamo questo e il seguente §. Al secondo modo conserviamo la sua indicazione speciale di *suppegno*: e di questo tratteremo nel seguente § LIII.

Dinotiamo colla parola *subingresso* qualunque trasmissione dei diritti inerenti od accessorii al credito, dall' una in un'altra qualsiasi persona, escluso il debitore (1). Questa dizione s'appropria a qualsiasi alienazione di qualunque diritto, o del credito ipotecario o della sola virtù prelativa; con essa non si pone attenzione al titolo diverso per cui può accadere; ma solamente al fatto d'essere avvenuta. *Subingredire* e *succedere* nel Diritto sono sinonimi (2).

Però la trattazione deve essere divisa eziandio secondo le esigenze della subbietta materia: avvegnachè il subingresso si ottenga o nel credito ipotecario, o solamente nel grado e nell'ordine di prelazione. Della prima specie parliamo qui tosto: della seconda nel § seguente.

2. Una persona può subingredire nel diritto altrui, o per consenso libero e deliberato del creditore, o per una causa estranea alla sua libera volontà. Chiameremo *cessione* il primo modo che è contrattuale, e col nome generico di *surroga* l' altra causa necessaria della traslazione del diritto creditorio.

Questa distinzione dei modi, ossia delle cause, l'una *volontaria* o contrattuale, e l'altra *necessaria*, trovasi usitata presso gli antichi (3). Ma non è così facile raccapezzare negli scritti de' giureconsulti l' idea ultima e differenziale di questi due generi di subingresso. E sì che una accurata distinzione è affatto necessaria per ischivare una profonda confusione di idee (4). Lo stesso Troplong attesta che l' imbarazzo di questa materia

(1) Il quale non può subingredire nel diritto creditorio, perchè nel medesimo soggetto non ponno coesistere un obbligo ed un diritto, ossia non ci può essere un obbligo laddove l'obbligato non può essere costretto dal diritto altrui: leg. 49, Dig. *de solutionib.* Holomao, in Dig. *qui potior. in pign.*

(2) Vedasi il titolo del Codice giustinianeo *de his qui in locum priorum creditorum succedunt.*

(3) De Olea *de cess. jur.* tit 4, quæ. 3. n. 3, Christian Leoz, *de nominib. et action. cessis.* cap. 5, num. 1-6.

(4) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, num. 119.

fu accresciuta appunto dall'errore dei formalisti di confondere spesso la surroga colla cessione: ma nemmeno lui ci venne a capo; perchè uguagliò la cessione ad una vera vendita, nel mentre, come vedremo in appresso, la cessione può essere fatta anche per donazione; definì la surroga come l'accessorio d'un pagamento fatto per liberare il debitore ed estinguere la obbligazione: e non vede la contraddizione de' termini; perchè se il pagamento estingue il debito non può lasciarlo sussistere in vantaggio del surrogato: e di più non porge l'ultima differenza della surroga rispetto alla cessione; perchè tanto quella che questa è l' accessorio del pagamento (1). Quest'ultima osservazione si può attagliare alla definizione della surroga trovata da Renusson (2), e adottata da Merlin, dallo stesso Troplong e dal nostro Chiesi (3): i quali dicono che la surroga avviene quando una persona subentra nel luogo dell'altra per esercitare i suoi diritti.

Però Merlin e Chiesi s'avvicinano alquanto alla nostra distinzione col vedere nella cessione l'elemento della libera volontà del creditore, e nella surroga l'elemento necessario della legge (4): ma dall'altro canto i francesi coll'imperfetta compilazione del loro Codice civile distinguono la cessione contrattuale, di cui è parola negli articoli 1689-1695 del medesimo, dalla surroga convenzionale descritta negli articoli 1250 e 1252 (5), e introducono quindi una specie intermedia di subingresso, spoglia affatto d'una ragione d'essere sua propria (6).

Per la legge austriaca la cessione ha un indole propria: ella è un subingresso nel credito altrui per un titolo dipendente dalla volontà del creditore, giusta il § 1392 del Codice civile: la surroga ripete il suo titolo nella disposizione del § 1358 dello stesso Codice che ci arreca il principio generale e semplice: che colui che paga un debito altrui subentra per legge nei diritti del creditore dimesso. Ragioneremo adunque in prima della cessione, poscia della surroga; indi di quei casi nei quali è dubbio se il trasferimento dei diritti avvenga piuttosto per una causa volontaria, che per una causa coattiva.

4. Il carattere essenziale della cessione è dunque la libertà volontà del creditore, che può disporre del suo credito come di ogni altra cosa che è in suo dominio (7). Ma v'ha una differenza tra il diritto creditorio e le altre cose corporali in questo, che la compra-vendita, la permuta, la donazione e gli altri contratti che si compiono mediante la tradizione

(1) Troplong, *des privil. et hyp*. n. 349.

(2) Renusson, *subrogation*. ch. 2, n. 14, 22.

(3) Merlin, *Repert*. v. *subrogation de personne*, in princ. Troplong, loc. cit. Chiesi, *sist. ipot*. num. 498.

(4) Merlin, Repert. *subrogation de personne*, sez. 2 § 1, Chiesi loc. cit.

(5) Vedasi nel seguente num. 37 di questo §.

(6) Troplong, *des priv. et hyp*. n. 352.

(7) Gauthier, *subrogation*, n. 9.

della cosa, sono contratti primitivi accetti a tutti i popoli in qualunque periodo anche più remoto di civilizzazione. La cosa mobile e la tradizione, il fondo col possedimento e la coltura, identificano il diritto astratto della proprietà colla cosa stessa, e sono segni permanenti del medesimo. Il trasferire una cosa materiale è un atto riconoscibile da qualunque più rozza intelligenza; ma il trasferimento dei diritti che alle cose si riferiscono non come ad oggetto immediato, e che tuttavia si sentono e si concepiscono nella loro idealità astratta, non riesci d'una così subita ed ovvia percezione, che non tardasse alquanto a prendere la sua conveniente posizione nella famiglia delle leggi civili.

Nell'origine romana qualunque atto traslativo dei diritti si faceva colle forme simboliche della *mancipatio*, della vendita a peso e misura. Fin nella stessa successione ereditaria erasi voluto il simbolo della compravendita (1).

Le XII Tavole e il tanto progressivo Albo pretorio non riconobbero mai la trasmissione de'diritti senza l'accompagnamento delle cose cui si riferiscono: nè tollerarono mai che alcuno esercitasse in giudizio le azioni competenti ad un altro cittadino; e fin'anco la giurisprudenza posteriore conservò l'antico costume di niegare al cessionario l' esercizio diretto delle medesime (2).

Comparve per la prima volta la cessione davanti al giudice pedaneo indossando la larva della procura: senza della quale non avria potuto l'attore declinare dall'eccezione del debitore che rispondeva: ma se io non ho contrattato con te. Mercè di quel trovato il procuratore potea escutere il debitore, e convertire a suo prò ciò che quegli avea pagato. Tuttavia parecchi inconvenienti dimostrarono come quel pratico ripiego non bastasse alla libertà universale delle convenzioni. Avvegnachè la cessione dovea riuscire inefficace dove finiva o non si aveva la procura: come nel caso che il cedente non avesse mandate le azioni (3), o fosse morto senza eredi (4).

Epperò il genio inventivo de' padri antichi, mediante un rescritto dell'imperator Pio, fece accogliere al Pretore le rimostranze del compratore dell'eredità, che il giudice pedaneo respingeva. E il Pretore gli accordò le azioni *utili* (5), cioè quelle azioni che non erano formulate colle parole dell'Editto, ma dall'equità dell' interpretazione del Pretore, erano stabilite in pratica (6).

(1) §. 1, Institut. *de testament. ordinan.*

(2) Ganthier, *subrogation.* n. 8 coll'opinione degli antichi stabilisce nell' equità il fondamento della cessione. Ma la filosofia insegna come l' equità sia il fondamento di quei diritti che la scienza dei giureconsulti non seppe ancora dimostrare.

(3) L. fin. Cod. *quando fiscus. vel privat.*

(4) L. 1, Cod. *de obligat. et action.*

(5) L. 16, Dig. *de pactis*, Pothier, *pand. riord.* lib. 18, tit. 4, n. 30, in notis. Brunneman, *de cess. act.* cap. 5, n. 4.

(6) Invece le azioni dirette aveano nascimento e forma nelle parole o nel senso della legge. De Olea, *de cession. jur.* tit. 6, quæ. 1. mem. 3-5, Bachovio, *de pign.* lib. 2, cap. 4, n. 2.

Laonde gli imperatori Diocleziano e Massimiamo rescrissero a Manasse: ***postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, ordinarium visum est: post nominis venditionem utiles emptori (sicut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones*** (1). Questa concessione delle azioni utili era determinata più presto da un presentimento d'equità, che non fosse una conseguenza immediata del diritto formale del cessionario. *Sed cum æquitati naturali conveniat ut rata habeatur voluntas domini rem suam in alium transferre volentis...... et cum actiones, incorporaliaque jura tradi non possunt, quia non possidentur.... Ideo introductus est quidam quasi traditionis modus, id est cessio, per quam ex utilitatis gratia, benigna interpretatione actionem utilem in cessionarium transfert, qua suo nomine experiri possit* (2). Quindi avveniva che il cessionario, per esercitare le azioni dirette, ossia il diritto formale del cedente, dovesse figurare come suo procuratore; dal che s'intende la frase di Iacopo De Arena antico glossatore lombardo: *in directis proprie dicitur procurator in rem suam, in utilibus vero dominus* (3).

Ma questa distinzione tutta formale delle azioni dirette e delle utili, de' principii formali e dell'equità, era un chiaro indizio che il principio fondamentale della cessione penava ad essere accetto, come quello che esigeva una più matura astrazione. Imperocchè anche le stesse cose materiali non si possono alienare, se non per una determinazione morale di chi non solo le possiede, ma ne sia proprietario. La cosa materiale è l'immediato oggetto del diritto, quindi deve accompagnare il diritto stesso nel suo passaggio dall'una all'altra persona. Ma un diritto personale che ha nelle cose un oggetto mediato, e più che nelle cose nel loro valore astratto, il loro valore si può bene concedere ad altri col solo consenso, purchè questo consenso sia indubbiamente manifestato. Gli è ben vero che il concedere ad altri un proprio diritto verso una terza persona si assomiglia evidentemente al mandato: ma tra questo e la cessione ci ha una differenza caratteristica, secondo che si ha in animo di fare l'interesse del mandante, o quello del cessionario.

Però se alla nostra volta prescinderemo da questo carattere essenziale del mandato, lo troveremo identico alla cessione, in quanto che e il mandatario rappresenta la persona del mandante e il cessionario la persona del cedente (4), ne sostiene le veci, e può fare tutto ciò che è fa-

(1) Leg. 7, Cod. *de heredit. vel act. vendit.* e leg. 5 Cod. *quando fiscus vel priv.*, così Gordiano colla leg. 1, Cod. *de obligat. et action*, e Valeriano con Gallieno nella seg. leg. 2, eod. tit., così Paolo nella leg. 47, § 1, Dig. *de negot. gest.*

(2) De Olea, *de cession. jur. et action.* tit. 6. quæ. 1, num. 6.

(3) *De cessione jur.* Rubrica 6, n. 65, per argomento anche dalla leg. 8, Cod. *de hered. vel act. vend.* Così pure Bruoooman, *de cession. jur.* cap. 1, num. 10.

(4) Leg. 5, Cod. *de hered. vel act. vendit.* Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 4 tit. 5, quæ. 132, num. 2. De Olea, *de cession. jur*, tit. 6, in exord.

cottalivo al cedente medesimo in riguardo al diritto ceduto (1), e consegue con questo tutte le garanzie e i privilegi accessorii (2). *Emptori nominis etiam pignoris persecutio præstari debet... nam beneficium venditoris prodest emptori,* scrisse Paolo (3), e rescrissero Diocleziano e Massimiano: *si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quæ venditor nominis persequi potest, apud præsidem provinciæ vindica* (4). Così è pur disposto nell' articolo 2112 del Codice Napoleone, tutti i cessionarj delle diverse specie di crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni del cedenti, in loro luogo e stato (5). E più breve nel § 1394 del nostro Codice civile: « competono al cessionario, relativamente al credito ceduto, gli stessi diritti del cedente. »

In questo limitato riguardo adunque tra il mandato e la cessione esiste una stretta parentela (6): si nell' uno che nell' altro si trasferisce una facoltà giuridica di chiedere, d'esigere, di quitanzare, di transigere, salvo che diversi risultano i consecutivi rapporti tra il cedente e il cessionario, tra il mandante e il mandatario, come vedremo in appresso. Quindi aveano ragione e torto insieme De Olea e Brunnemam nel disputare che la cessione fosse alienazione piuttosto che mandato, senza sceverare questi diversi ordini di rapporti. Nel primo sarà pur sempre attendibile la definizione data dal consigliere di Brandeburgo: *cedere actiones est mandare alii actionem, eo fine ut in suam utilitatem exigat debitum* (7). Ma nel secondo ed ultimo rapporto ne diede pur l'ultima forma il celebre giureconsulto spagnuolo: *cedere idem significat quod transferre et jus de una in aliam personam commutare* (8). La qual definizione fu pure accettata nel § 1392 del Codice civile austriaco colle parole » se il credito si trasferisce da una persona in un altra, e da questa viene accettata.... tale atto chiamasi cessione »

5. Perchè la cessione operi la traslazione del diritto creditorio, e sia efficace appieno nel mondo giuridico, come deve ella esser fatta? Di quali requisiti deve essere condita perchè possa assumere la forma giuridica? Una risposta categorica non è possibile, perchè assai complicati e diversi sono i termini che questa ricerca suppone; la legge positiva non

(1) Noguzant, *de pignor.* par. 2, mem. 3, num. 81, Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 2, tit. 1. quæ. 35, num. 9.

(2) Donell. *de pignor.* cap. 13. M. Merlin. *de pignor.* lib. 4, tit. 1. quæ. 2, n. 10.

(3) Leg. 6, Dig. *de hered. vel act. vendit.*

(4) Leg. 7, Cod. *de obligat. et action.* leg. 6, ibid. leg. 8, Cod. *de hered. vel action. vend.*

(5) A questo articolo corrispondono gli art. 1998, Cod. delle due Sicilie: art. 2156, Cod. di Parma: art. 2212, Cod. albertino: art. 91 del Regol. ipot. gregor. in riguardo ai privilegio del fisco, art. 85, motupr. ipot. toscano, art. 2148. del Cod. di Modena, Chiesi, sist. ipot. num. 517-523.

(6) Adoperavano promiscuamente gli antichi le parole *cedere* e *mandare* le azioni: leg. 76, Dig. *de solution.*, leg. 3. § *idem Labeo.* Dig. *de in rem verso,* leg. 8, § ult. Dig. *mandati*; leg. 1 in fin. Cod. *de magistrat. conven.*

(7) Brunnoman, *de cession. act.* cap. 1, num. 1.

(8) De Olea, de cession. jur. tit. 1, quæ. 1, num. 98, et 101, et quæ. 2, num. 1.

suggerisce d'altronde una fidata scorla alla deduzione del giureconsullo. La legge austriaca non ci soccorre abbastanza, nè la legislazione comparata ci da un ajuto maggiore per la discordia profonda che regna tra i diversi sistemi. Dobbiamo dunque tentare una via difficile attraverso una giurisprudenza agitatissima, e tralle infinite discordie sceverare nettamente dapprima i diversi rapporti e le varie contingenze, nelle quali si dimostri la necessità pratica di questo o di quell'altro requisito.

Incominciamo a porre il rapporto circoscritto alle persone contraenti fra il cedente cioè e il cessionario.

Il primo mobile d'ogni trasferimento giuridico ha sede nella libera volontà di quella persona, che con un atto deliberato si spoglia d'un diritto che le appartiene per conferirlo ad un altra persona. Questo atto deliberato si esprime con parole appropriate o con fatti equivalenti. E perchè questo atto sia compiuto giuridicamente si richiede un altro atto consensuale, per parte di quella persona che il diritto creditorio ceduto accetta come suo. Dopo questi due atti la comunicazione del diritto fra queste persone è perfetta ed efficace (1); perchè il diritto in genere è una facoltà morale, la quale, se appartiene ad una persona avente la perfetta autonomia civile, può essere dal suo libero arbitrio ritenuta od abbandonata o conferita in'altri; e come facoltà morale non cangia di natura per la varia natura degli oggetti cui si possa riferire. Se si volesse opporre una limitazione generale a questo principio della libertà, si raccoglierebbe una contraddizione insolubile. Ma tutte quelle limitazioni parziali, che regolano l'esercizio pratico della libertà, poco o nulla importano nei rapporti particolari tra i contraenti. Vale il contratto, purchè non sia deturpato da patti inonesti. Queste limitazioni pratiche cui alludiamo furono prestabilite dalle leggi civili, od indotte nella pratica come risguardanti l'interesse dei terzi: non a tutela di contraenti i quali colla loro libertà naturale e civile possono sufficientemente provvedervi. Ne'loro particolari rapporti il contratto è l'ultima legge. *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter homines placuerunt servare?* (2). E ben vedemmo nel luogo, ove dicemmo del trasferimento della proprietà, come tutte le formalità prescritte non riguardassero che il restante mondo giuridico (3).

Il Codice di Parma nell'art. 1503, e il Codice albertino nell'art. 1694 formularono nettamente questa emergenza- » La vendita o cessione d'un credito, vi si legge, è perfetta, e la proprietà se ne acquista di diritto dal compratore o cessionario al momento che siasi convenuto sul credito o sul diritto da cedersi, e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito il possesso. È questa una deduzione immediata da quel principio, che lo stesso Codice parmense nell'art. 1380 e il piemontese nell'art.

(1) Troplong. *vente*, num. 881.
(2) Ulpiano nella leg. 1, Dig. *de pactis*.
(3) § XIII, num. 8, vol. I. pag. 266.

1589 toglievano ad imprestito all' art. 1583 del Codice Napoleone, che cioè la proprietà delle cose si trasferisce di diritto col contratto di compra e vendita e nei rapporti speciali dei contraenti, ancorchè non ne sia seguita la tradizione (1).

Vediamo ora in qual modo può valere questa translazione consensuale. Il consenso di due persone per la prestazione o la promessa e l' accettazione unilaterale o reciproca, relativa ad uno stesso oggetto, costituisce il contratto. Ogni contratto, perchè debba produrre un' obbligazione od un qualunque effetto legittimo, deve avere per le persone contraenti una causa motiva e finale, senza della quale la disposizione di chi si obbliga non includerebbe l' idea d' un giuridico assentimento (2). Chiunque, che può trasferire in altri le cose sue o i suoi diritti, può farlo o per liberale animo, o per desiderio di mutare gli oggetti de'suoi godimenti o di adempiere a un proprio dovere. *La cessione*, così nel § 1392 del Codice civile, *può essere fatta tanto a titolo lucrativo che a titolo oneroso.* Non importa adunque che la cessione avvenga per questo o per quell'altro titolo, purchè una causa ci sia, e sia onesta e vereconda (3). *Sciendum est igitur quod cessio actionis potest fieri quocumque titulo vero, non simulato* (4). Non basterebbe certo l' allegazione d' un titolo specioso e colorato: ma si richiede un titolo vero ed idoneo a produrre un effetto giuridico tra i contraenti (5).

Può farsi per donazione, compra-vendita, dote, società, pagamento, legato e fedecommesso (6), e non solo a titolo di compra-vendita, come sembrò ai francesi, i quali la classificarono nel titolo della vendita, e la sistemarono come fosse sempre fatta a titolo oneroso (7). Imperocchè l'oggetto principale di questo contratto non è l'interesse speciale del cedente, lo speciale motivo che possa averlo determinato ad essa, ma il fatto qualunque dell' essersi trasferito un diritto creditorio per un valido titolo.

Se non che ci sembra che il Codice francese avesse limitato a disegno la cessione alla sola specie dei titoli onerosi, esagerando la tradizione del Diritto comune romano; nel quale a vero dire non era proibita, anzi era perfettamente lecita la cessione a titolo gratuito; ma la celebre costitu-

(1) L' art. 1505 del Cod. di Parma fu imitato anche dal Cod. ticinese nell' art. 812 e nel Codice di Modena nell' art. 1589.

(2) Baldo, in leg. 1, Cod. *de falsa causa adj. legat.* Ognat. *de contract.* tom. 1, disput. 13, sect. 2, num. 33. Menochio, lib. 1, *præsumpt.* 17, in princ. e lib. 4, præs. 24, n. 3 e 4.

(3) De Olea, *de cession. jur.* tit. 1, quæst. IV, n. 8, Arg. ex leg. 9, Cod. *de procuratoribus.* Brunneman, *de cession. act.* cap. 2, n. 11.

(4) Joahn. De Grassis, *tract. de cessione jur.* § 1, n. 1, Jacob. De Arena *de cess. act.* rub. 2, n. 1

(5) De Olea, *de cession. jur.* tit. 1, quæ. 4, num. 9 e 16, Jac. de Arena, *de cess. act.* rubr. 2, n. 13-16, Brunnsman, *de cess.* cap. 2, n. 93, Menoch, lib. 3, præsumpt. 129. n. 29, Lens, *de nominib.* cap. 22, per tot.

(6) De Olea, oltre i precedenti: *de cessione jur.* n. VII, exordio.

(7) Art. 1689-1701, Cod. Napoleone: ai quali colla stessa imperfetta classificazione corrispondono gli art. 1533-1547 Cod. delle due Sicilie: art. 1505-1516 Cod. parmense; art. 812-817 Cod. ticinese: art. 1694-1707, Cod. albertino: art 1589-1602, Cod. di Modena.

zione anastasiana, permettendola quando fosse avvenuta semplicemente per titolo gratuito, la proibiva se fosse stata fatta in parte per quel titolo, in parte a titolo oneroso: perchè in questa specie si volle presumere un palliativo d'usura. *Per diversas interpellationes ad nos factas*, disse l'imperatore che diede il suo nome a quella legge, *comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semetipsos exponi properare: hocque modo diversas personas litigatorum vexationibus afficere, cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant jura, sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle.* Quindi innanzi riteneva efficaci le cessioni solo sino alla misura del prezzo pagato, eccettuate quelle delle azioni ereditarie tra i coeredi o i legatarii. *Si autem per donationem cessio facta est; sciant omnes hujusmodi legi locum non esse: sed antiqua jura esse servanda* (1). Questa legge fu confermata e riprodotta in termini più evidenti per opera di Giustiniano (2).

Però noi non sapressimo approvare nè questa legge romana, nè la moderna francese. Non quest'ultima: perchè nella cessione dei crediti non vediamo una ragione speciale di togliere al creditore quella libertà che non è tolta al proprietario delle cose materiali di usare e di rinunciare alle cose sue, di lucrare per sè, di procurarsi de'vantaggi nella via più commoda, e di beneficare altrui. Non approviamo la legge romana che vuole introdurre una violenta presunzione di raggiro e d'usura in questa transazione avvenuta tra persone, che per l'ordinaria prudenza poteano essere ottimi giudici del rispettivo tornaconto. Si dicea di volere ovviare alla moltiplicità delle liti: ma dubitiamo che non ne fosse seguito un effetto totalmente opposto, perchè con quel provvedimento si accrescevano ai debitori le pur facili tentazioni di tergiversare l'azione creditoria con infinite eccezioni, di violare la fede data in origine, di approfittare delle angustie economiche del creditore, impedendogli l'ultimo mezzo di salvamento coll'ottenere delle cessioni con uno sconto proporzionato alle difficoltà ed alle spese della realizzazione del credito, e all'incerta solvibilità del debitore e all'entità delle garanzie accessorie.

Si accusava in queste cessioni un pericolo d'usura! Ma e qual contratto può andarvi esente affatto? E paralizzando queste sinistre eventualità si volle proteggere il creditore originario e il debitore: l'uno col salvarlo dalle fauci dell'usura: l'altro dalle molestie d'un nuovo e più spietato creditore. Ma in qual caso non si può nutrire un simile sospetto? Qual sollievo potea avere il creditore pressato dal bisogno che per realizzare il suo diritto dovea anticipare le spese d'un giudizio, sostenerne le infinite dilazioni, correre il rischio dell'insolvenza del debitore? Si volle favorito il debitore? Ed in qual modo, se il suo credito

(1) leg. 22, Cod. *mandati vel contra.* (2) Leg. 23, cod. tit.

non potendo girare in più mani, si discioglieva tosto in un processo di espropriazione?

La giurisprudenza posteriore instruita dall'esperienza temperò quella legge in modo che fosse efficace solo quando i sospetti di frode e d'usura apparissero con una ragionevole probabilità (1). E fece miglior opera il nostro Codice civile nel sopprimerla del tutto (2), tenendo solo efficace nel § 874 l'antica proibizione di quelle cessioni che si facessero agli avvocati delle azioni affidate al loro patrocinio (3).

6. Nei rapporti tra i contraenti può essere soggetto di disputa la ricerca, se qualunque credito ipotecato possa essere ceduto. Il § 1393 del Codice civile austriaco insegna che « tutti i diritti che possono alienarsi possono anche essere ceduti. I diritti inerenti alla persona, e che per conseguenza con essa si estinguono non possono essere ceduti. » Nel numero di simili diritti creditorii che sono inerenti alla persona e che con essa si estinguono, si riscontrano il credito per gli alimenti, le rendite vitalizie, e gli assegni a titolo di usufrutto.

Dove parlammo della proprietà vedemmo che l'usufrutto, comunque limitato alla persona dell'usufruttuario, fosse tuttavia suscettivo d'alienazione e d'ipoteca (4). Così pur si ritiene volgarmente, quando l'usufrutto consistesse nel godimento d'un capitale, in quanto che si estingue bensì colla morte dell'usufruttuario, ma l'utilità sua limitata alla vita di costui può cedersi ad altri (5).

L'ugual distinzione tra il diritto formale inseparabile dalla persona, e l'utilità del medesimo si potrebbe con una forte analogia adoperare nel caso della cessione di un credito a titolo d'alimenti. E ben avvertiva Surdo, nel suo celebre trattato *de alimentis*, che questo diritto personale agli alimenti *dici poterit non tam esse personale, quin æstimationem recipiat*, e per questo verso può ben essere suscettivo di alienazione (6): e per questo fatto non proviene alcun pregiudizio al debitore, perchè cedendone l'utilità *eo modo ligatur debitor erga cessionarium*, *quo tenebatur erga cedentem, quia cessionarius succedit in jus cedentis* (7). Ma egli

(1) Vedi in Brunneman, *de cession. action.* cap. 1, queste successive limitazioni.

(2) La costituzione anastasiana era stata adottata in Austria colla sovrana Patente 2 giugno 1649, secondo il citato Brunneman, sodd. cap. 1, n. 74 o 84, e lo fine del suo trattato.

(3) Leg. 5, Cod. *de postuland*, leg. 15, Cod. *de procurator*. leg. 26, Cod. *mandati*.

(4) § XIII. num. 21.

(5) Così era ricevuto nelle leggi romane secondo Ulpiano nella leg. 12, § 2, Dig. *de usufruct. et quemadm. quis utat*, o nella leg. 8, Dig. *de rebus auct. jud. poss.* secondo Marciano nella leg. 38, Dig. *de usufruct. et quemad.* e nella leg. 11, § 2, Dig. *de pignorib.* o secondo Paolo nella leg. 8, § 2, Dig. *de pericul. et comm. rei vend.* Così dai trattatisti: Garzia, *de conjugali acquæstu.* num. 174, Mantica *de tacit. et amb.* lib. 13, tit. 32, num. 10-13, De Olea, *de cession. jur.* tit. 3, quæ. 1, n. 10, Basevi, *annotaz.* ai §§ 442, 480, e 1395 del Cod. civ. aust.

(6) Surdo, *de alimentis*, tit. 8, privileg. 55, num. 9.

(7) Id. ibid. num. 8.

stesso conduce due diverse conclusioni. Ritiene cessibile il credito degli alimenti scaduti, non cessibile quello degli alimenti futuri. In quest'ultimo riguardo allega per motivo: *ex favore alimentorum, ob pubblicam utilitatem.... ne scilicet exinde mendicare cogatur alimentarius* (1): e conchiude poi con questa savia limitazione: *quando cessio fieret ad commodum cedentis non autem cessionarii, quia tunc valet cessio*, come per esempio nel caso che il cessionario assumesse egli stesso di corrispondere gli alimenti al cedente (2).

Egli è vero che queste conclusioni furono accettate dalla giurisprudenza posteriore, come risulta nelle copiose allegazioni di De Olea (3), Mercuriale Merlino (4), Brunneman (5), Lenz (6), Cencinio (7) e Carozzi (8). Ed è pur vero che secondo il Diritto antico potea essere questa una delle più agitate e complicate controversie; perchè alcune leggi in alcuni casi speciali proibivano questa cessione, e la limitavano a certe prescrizioni; ma noi non ne possiamo tener conto, perchè dobbiamo rispondere secondo la legge austriaca, la quale colla semplicità caratteristica delle moderne codificazioni sbarazzò la giurisprudenza di tanto tritume.

Le leggi antiche e le dotte ricerche della risorta giurisprudenza erano certo animate da un senso profondo d'umanità, e avrieno voluto che l'uomo non potesse avere la libertà di disporre e privarsi delle ultime risorse alimentarie: e tanto meno che ne potesse privare quelle persone che vi partecipano nel seno della famiglia, e lasciasse affamati la moglie e gli innocenti figliuoli (9). Ma questo sentimento non può essere soddisfatto nel campo della giuridica, se non con estrema moderazione.

Il nostro Legislatore lo ha apprezzato nel § 150 del Codice civile, ove dice che « nel caso in cui per volontà della persona, dalla quale provengono i beni nei figli, sia riservato al padre l'usufrutto, le rendite rimangono sempre obbligate al sostentamento dei figli, conveniente alla loro condizione, e non possono in pregiudizio loro essere sequestrate dai creditori del padre. » Ma questa disposizione è speciale a questo caso, e giustificabile coi principii generali della proprietà, e colle regole ordinarie dell'interpretazione dei contratti e dei testamenti. Quando fu lasciato ai figli un capitale, e l'usufrutto del medesimo al loro padre, quest' usufrutto fu tacitamente condizionato allo stato di famiglia in cui vivevano i beneficati. I figli avrebbero avuto una comparlecipazione alle rendite del capitale medesimo: l'usufrutto del padre era limitato dall'obbligo degli alimenti. Ma ci guarderemo dal generalizzare questa disposizione, così

(1) Id ibid. num. 10, et seg.

(2) Id. ibid num, 15.

(3) De Olea, *de cession. jur.* tit. 5, quæ. 12, n. 5, e quæ. 15, n. 26.

(4) M. Merlin, *de pignor.* lib. 2, tit. 1, quæ. 24, num. 4 e 5.

(5) Brunneman, *de cession. act*, cap. 4, n. 26

(6) Lenz, *de nominib. cess.* cap. 20, mem. 2.

(7) Cenciu, *additiones aureæ ad De Oleæ tract. de cess.* tit. 5, quæ. 15, per tot.

(8) Carozzi, *giurispr. del Cod. civ. aust.* tom. 10, *diritto di pegno*, cap. 1, n. 12.

(9) Baldo Novel. in leg. 1, n.° 7, *vero modo quæro*, Cod. *de privileg. dotis.*

come farebbe Basevi, a tutti gli alimenti futuri, quando siano dovuti per vincolo di sangue o per altrui beneficenza (1). Imperocchè, limitandoci ai crediti ipotecarj, anche un credito agli alimenti, costituito per beneficenza, è un diritto formale del quale il beneficato ha la libera disponibilità, salva la limitazione del succitato §, e salva una restrizione cui fosse stata fatta nel contratto. Poichè in generale dobbiamo attenerci alla deduzione naturale che scaturisce dai principii generali della libertà personale e della proprietà. Sia concesso che il creditore degli alimenti abbia la libertà giuridica di fare tutto ciò che riguarda la propria economia, e ne verrà ch'egli può disporre liberamente delle cose proprie, dei proprii diritti economici. Egli è giudice della convenienza de' suoi negozii; se è libero delle sue azioni deve prevederne le conseguenze e valutarle. Proibendogli di alienare il diritto agli alimenti, e permettendogli l'esercizio della naturale libertà in tutti gli altri negozii, è un voler porre due atti legislativi contraddittorii.

E in genere poi non può essere prudenza legislativa quella di voler rimediare con disposizioni generali a degli inconvenienti affatto particolari, ai quali coll'ordinario giudizio possono i privati sopravedere. In questo, come in molti altri argomenti, la legislazione e la giurisprudenza peccano del soverchio; e con ciò falliscono lo scopo fondamentale della legge civile, che è la simplicità e chiarezza volgare delle sue nozioni. Invece che colla smania di prevedere e di provvedere a tutto produssero una scienza inaccessibile al volgo, e inesauribile ai dotti.

La stessa decisione raccomanderemo in riguardo alle rendite vitalizie; e diremo che sono cessibili nel modo stesso come è cessibile l'usufrutto, limitatamente alla loro commodità, cioè nella misura in cui sarebbero dovute al vitaliziato.

Varii altri crediti non si potevano cedere secondo l'antica giurisprudenza: quali sarebbero i crediti litigiosi: era cioè invalida una cessione fatta nel tempo che il credito ceduto era disputato in giudizio (2). Tace la nostra legge, e nel suo silenzio non vorremo offendere la libertà naturale delle contrattazioni.

Nel Codice Napoleone negli articoli 1699 e 1701 si dispone che se fu ceduto un credito litigioso, cioè dedotto in lite con eccezioni di merito, il debitore può liberarsi pagando il prezzo della cessione (3). Questa decisione è suggerita dall'equità nei rapporti tra il cessionario e il debitore; noi però nel silenzio dalla nostra legge non l'accetteremo perchè nuocerebbe all'interesse del creditore cedente, cui sarebbe resa assai

(1) Basevi, *annotaz.* al § 1393, n. 8, Cod. civ. aust.

(2) leg. 2, leg. fin. Cod. de *litigiosis*. Jac. de Arena, *de cession. jur.* rubr. 2, num. 10, De Olea, *de cession. jur.* tit. 3 quæ. 11, n. 34, Brunnsman, *de cess, act.* cap. 4, num. 2 et seg.

(3) A questi articoli corrispondono gli art. 1545-1547 Cod. siciliano, art. 1514-1516 Cod. parmense, art. 1705-1707 Cod. albertino, art. 1600-1602 Cod. estense.

più difficile la realizzazione economica del suo credito, se coll'utilità inerente alle cessioni non potesse allettare i terzi.

Riterremo valida eziandio una cessione riportata da un tutore o curatore del credito d'un terzo contro il minore o interdetto: solo che non potranno esercitare questa cessione conservando la rappresentanza legale anteriore: ma, come prescrive la legge del § 271 del Codice civile nel caso di contrasto d'interessi, si deputerà per questo caso un curatore speciale. E questo partito sarebbe assai più conveniente che non quello proposto nella Novella 72, capo 5, colla quale Giustinano annullava una simile cessione (1).

7. Disputarono i prammatici se si possa cedere una parte sola del credito, perchè il debitore non può essere costretto a fare tanti pagamenti parziali, quante sono le persone che in seguito alle cessioni risultano proprietarie del credito. La qual obbiezione potrebbe essere suggerita anche dai §§ 1413 e 1415 del Codice civile austriaco, secondo che ci avvisa Basevi (2).

Però De-Olea risponde a questa obbiezione osservando che siffatta cessione non è dalle leggi vietata, che in caso diverso *nimis restringeretur effectus dominii, et libera rei suæ dispositio prohiberetur* (3), e che quelle disposizioni di legge furono sancite per il caso che il creditore volesse stancare il debitor suo, esigendo da lui delle minime frazioni del debito: *ne malitiis indulgetur*: cosa che non avviene facilmente nelle cessioni (4).

Queste osservazioni non risolvono la disputa. Se il debitore fosse citato al pagamento della metà del suo debito dal cessionario, potrebbe opporre, aver egli diritto a pagar tutto il debito: e siccome il cessionario non ha diritto che alla metà del medesimo, e il debitore non ha l'obbligo del parziale pagamento, così potrebbe forse rifiutarsi. Ma una più considerata disamina induce a credere, che valga e sia efficace quella parziale cessione, e che il debitore possa essere costretto al pagamento parziale: potendo egli pel residuo di debito costringere il creditore a ricevere il pagamento, e in caso di rifiuto a depositare in giudizio la somma dovuta colla integrale sua liberazione.

8. La validità della cessione è di più difficile prova quando si tratta di opporla alle persone estranee. Queste possono avere interesse ad impugnarla, o indirettamente o direttamente. Hanno un'interesse indiretto tutti quelli cui preme che non esista nè il credito, nè l'ipoteca inerente,

(1) Era lecita pei Digesti, secondo la leg. 12, *de reb. cor. qui sub tut.* Gauthier, *subrogation*, num. 104, Basevi, loc. cit. n. 6.

(2) Basevi, *annotaz*, al § 1393 num. 9, Cod, civ. aust.

(3) De Olea, *de cession. jur.* tit. 3, quæ. 12, num. 22. 23.

(4) Id. ibid. n. 38.

nè la cessione. Hanno un'interesse diretto i cessionarj o aventi causa dallo stesso cedente sullo slesso credito ceduto. Nel primo rapporto la cessione dev'essere accompagnata dalle forme ordinarie, per provare la sussistenza d'un diritto contro tutte le possibili contestazioni. Nel secondo caso dev'essere corredata in guisa, che si abbia modo di sostenerla nella contraddizione d'interessi per loro natura inconciliabili.

Cominciamo dal primo rapporto.

Tre ostacoli può incontrare il cessionario nell'esercitare in giudizio il diritto acquistato: perciocchè sulle impugnative di chiunque fra gli interessati, può in primo luogo non riuscire nella prova circa la sussistenza e la liquidità del credito ceduto: può in secondo luogo difettare nella prova risguardante la verità, la data e la legittimità dell'allegata cessione; può in terzo luogo incontrare da parte del debitore le eccezioni di pagamento, di compensazione, od altre perentorie del credito ceduto.

Se al debitore o al terzo possessore o al curatore concursuale o ai creditori accorsi nel giudizio d'ordine si esibisce, per provare la verità del credito originario, anche delle semplici attestazioni orali: coloro non potriano pretendere un'apparato maggiore di documenti; perchè in legge la prova orale ha l'uguale efficacia della prova scritta, e in questo argomento non si ha alcuna prescrizione eccezionale. Supponiamo che il credito ceduto fosse stato conchiuso a parole: indi un terzo consapevole l'avesse guarentito co' proprii beni: il cessionario potria benissimo dirsi tale, e presentarsi al giudizio d'ordine esibendosi di provare nel modo che dissimo il contratto verbale del credito.

Stabiliamo dunque con questa prima ipotesi che non sempre sia necessaria all'efficacia della cessione, in confronto ai terzi, la tradizione dei documenti che possano comprovarla: perchè, ove il credito stà civilmente anche senza scritture, può cedersi in quello stato in cui si trova. Vedremo però avanti qual significato si abbia questa formalità della tradizione dei documenti.

Eziandio per rispetto alla prova della seguita cessione non è dalla nostra legge preordinata alcuna formalità. Però è lasciato alla prudenza de' cessionarii di confortare i loro diritti dell'apparato necessario alla loro effettività esteriore; ad eccezione del caso d'una cessione fatta a titolo gratuito: chè allora per la legge del § 943 del Codice civile sarebbe indispensabile la tradizione dei documenti che comprovano il credito ceduto; e se non ci fossero documenti, dovrebbe la cessione stessa apparire da un documento scritto (1). Anzi dubiteressimo se basti la tradizione dei documenti senza la scrittura della cessione; perchè la tradizione voluta da quel § può essere la tradizione dell'oggetto materiale ceduto, e non del documento creditorio che è solo un mezzo giuridico ad avere

(1) Liberale Beretta, *manuale della compra-vendita* par. 2. num. 7, e 38.

quell'oggetto. Nel capitolo quinto della parte seconda del Codice civile non si parla che della tradizione delle cose mobili od immobili: ma i diritti come immateriali non vengono nè nell'una nè nell'altra di quelle categorie. Eppure col § 311 si dice che si può prendere possesso di tutte le cose corporali ed incorporali che sieno oggetto di legale commercio. E nel § 1393 si dimostra manifestamente che la tradizione dei documenti può supplire a ciò che in genere nel § 943 si dice *tradizione effettiva*. Perchè in quel luogo si legge: » le carte di debito pagabili al presentatore si cedono colla sola tradizione, nè oltre il semplice possesso fa d'uopo di altra prova della cessione. » Tuttavia per questa legge medesima siamo costretti a ritornare al primo dubbio: perchè ci sembra che solo i titoli creditorii pagabili al presentatore inducano quel possesso, che a sensi del § 323 del Codice civile esime il detentore dall'allegare il titolo del suo possesso. Negli altri casi il detentore del documento di credito per agire come cessionario deve provare il titolo speciale della cessione. Nella cessione gratuita adunque, siccome la tradizione del documento creditorio non pagabile al presentatore, non esentua il cessionario dal provare l'ottenuta cessione, e non può avere l'effetto della tradizione effettiva, perciò il cessionario rimane obbligato a fondare il suo diritto di cessione in un documento scritto, come se non fosse avvenuta alcuna tradizione del documento del credito.

Negli altri casi la cessione può essere fatta indifferentemente per scrittura privata od autentica (1). È però assai più cauto che sia fatta per scrittura pubblica; la quale talvolta è anche necessaria per ottenere l'annotamento di subingresso nell'iscrizione del credito ceduto (2), del quale diremo in appresso; come è pure necessaria per superare le possibili eccezioni dei terzi circa le frodi del cedente.

Nella redazione della scrittura, ove si fa la cessione, si dee accuratamente premunire il cessionario di queste possibili eccezioni dei terzi. Perchè la legge del § 953 del vigente Codice civile dispone: che si possono ripetere anche le cose donate in pregiudizio dei creditori che esistevano al tempo della donazione; e questo diritto si estende anche ai creditori posteriori, però soltanto nel caso che il donatario possa convincersi di fraudolenta collusione. Quindi può avvenire che i creditori del cedente vogliano rivocare la cessione come fatta a titolo gratuito, od annullare una cessione a titolo oneroso come simulata a loro danno. Possono ancora impugnare la data della cessione, come fosse posteriore alla data dei loro crediti, per amminicolare il loro interesse di causa, dicendosi anteriori all'avvenuta cessione. Essi possono raccogliere degli indizii di frode, e se questi non fossero sventati da parte del cessionario con prove più squisite, trarrebbero seco la nullità della cessione: così come fu giudicato in tre casi distinti riferiti nella Gazzetta de' tribunali

(1) Troplong, *vente*, num. 912.

(2) Troplong, ibid.

di Milano (1), d'una cessione che fu fatta dal marito alla moglie, e che si reputò simulata perchè fatta in limine al fallimento, perchè la moglie per corrispettivo liberava il marito dal debito dotale prima del tempo assegnato alla restituzione della dote, perchè al credito ceduto non s'era attribuito il giusto prezzo, e il cedente avea finaneo rinunciato al rimedio della lesione enorme, e dopo questo contratto aveano i conjugi continuato a vivere insieme.

Gioverà dunque al cessionario di procurarsi un documento, nel quale si provi la causa della cessione; la quale se fosse onerosa, il pubblico officiale che redige l'atto deve attestare la numerazione del danaro o la documentazione dei crediti concambiati col credito ceduto (2), ed in ogni caso dimostrare la causa necessaria della cessione medesima, come nel caso che fosse fatta in pagamento d'un credito esigibile (3). Procuri eziandio il cessionario di accertare la data della cessione medesima, per evitare tutte le possibili eccezioni dei terzi (4), di cui diremo or ora.

Sono queste delle cautele di pratica, necessarie in molti casi, ma non sempre. La cessione deve avere il suo natural effetto quando le obbiezioni dei terzi non avessero una forza meritevole di considerazione. Non approveremo perciò la disposizione dell'art. 1504 del Codice civile di Parma, dell'art. 814 del Codice civile del canton Ticino, e dell'art. 1590 del Codice civile di Modena, i quali richiedono che la cessione sia fatta per atto pubblico o per privata scrittura. Tanto meno poi approveremo il Codice albertino, che nei combinati art. 1412, n. 4, 1413 e 1695 non riconosce valida la cessione d'alcun credito relativo a beni stabili, se non sia fatta per atto pubblico. Imperocchè queste formalità, quand'anche fossero ordinate allo scopo d'impedire delle frodi, non sarebbero un mezzo sufficiente ad impedire che i contraenti mentendo sugli occhi del notajo, preparino la rovina dei terzi. Non crediamo perciò che questo contratto meritasse in proposito una provvidenza legislativa speciale.

9. Veniamo a considerare il caso che la cessione dovesse essere opposta a persone, le quali avessero sul medesimo credito un'interesse inconciliabile col diritto del cessionario. Suppongasi che lo stesso credito dopo ceduto a Tizio sia pur stato ceduto a Sempronio, od altri v'avesse ottenuto sopra una surroga, un'assegno giudiziale, un suppegno, un sequestro: Come dee essere conformata la prima cessione, perchè si possa opporre efficacemente ai posteriori acquirenti?

Nella legislazione comparata la somma dei requisiti importa la tradi-

(1) Gazzetta de' Trib. an. 1852, num. 36 e 39, an. 1854, num. 132.

(2) Ant. Fabro, lib. 4, Cod. tit. 26, def, 20, num. 2 e 3, Menochio, *de præsumpt.* lib. 3, præs. 130, num. 20, Brunneman, *de cess. act.* cap. 1, n. 12, Johan. a Sando, *de act. cession.* cap. 11, num. 12 et seg. Gaulhier, *subrogation*, num. 124.

(3) Brunneman, loc. cit. n. 27 e 28, Menoch. præs. 129, n. 14, et seg. lib. 3. Joh. a Sande, *de act. cessione*, cap. 11, num. 20.

(4) Gaulhier, *subrogation*. num. 119, et seg.

zione dei documenti, l' annotazione del subingresso in margine all'inscrizione del credito ceduto, e la notifica da farsi al debitore dell'avvenuta cessione. Della razionale necessità di quest'ultimo requisito parleremo nel seguente § LIV, siccome comune al subingresso e al suppegno.

Vedemmo come la tradizione del documento creditorio non fosse necessaria per far valere la cessione contro il cedente e contro i terzi indirettamente interessati ad oppugnarla. Dissimo che il consenso del cedente fosse causa sufficiente della medesima. Non così diremo in riguardo ai terzi, i quali, perchè siffatta tradizione poteva praticarsi e fu ommessa con loro danno, hanno un giusto motivo di querelarsene e di invocare la nullità della cessione stessa.

E di vero: il solo fondamento razionale della tradizione, come d'ogni altra forma di notorietà pubblica, è l'indennità dei terzi; i quali all'atto d'acquistare una cosa devono conoscerne la condizione giuridica. La detenzione delle cose mobili è criterio sufficiente per dire che esse appartengono al detentore. Il possesso dell' immobile dimostra che il possessore è proprietario, o almeno possessore civile. Ma la proprietà si presume libera (§ 360 Cod. civ.). Perchè un terzo ottenga e conservi un'ipoteca deve inscriverla nei pubblici libri. Ma di una ragione creditoria non si può dire lo stesso. Ella è una cosa immateriale. Quando ella è accompagnata da un documento, acquista il vantaggio d'essere più agevolmente esercitata: ma non cangia per questo di natura. Ella può sussistere anche senza una scritta, anche dopo smarrito il documento. Se questo fosse al presentatore, concederessimo che in esso si è identificata la ragione creditoria, e che essa per appartenere, per esempio, all'originario creditore, deve essere accompagnata dal fatto della detenzione nelle sue mani. Ma se il documento è semplicemente probatorio, la ragione di credito appartiene al primo creditore indipendentemente dal documento medesimo: e perchè questo si faccia passare nelle mani di un'altra persona, secondo il § 1393 questa tradizione non basta; *ma fa d'uopo di altra prova della cessione.*

Da queste premesse conduciamo due diverse conclusioni, secondo due ordini diversi di rapporti.

Nel rapporto col cedente, col debitore, salvo ciò che diremo nel seguente § LIV, e coi terzi indirettamente interessati ad oppugnare la cessione, questa è perfetta col solo consenso, perchè il credito può sussistere senza il documento, e perchè la volontà del cedente si può manifestare anche solo verbalmente. Laonde ripetiamo quello, che pur stabilimmo di sopra, che la tradizione dei documenti sì del credito, che della cessione, non è punto necessaria: e questo per la ragione professata unanimemente nella vecchia giurisprudenza: *nam sicut se habet traditio in rebus corporalibus, ita et in rebus incorporalibus se habet cessio. Cessio enim vim traditionis habet.* Così De Olea (1) e con lui De Grassi (2), Carpa-

(1) De Olea, *de cession. jur.* tit. 1, quæ. 4, num. 13.

(2) De Grassis, *de cess. jur.* § VI, n. 8.

no (1), Scaccia (2), Brunneman (3), e la comune degli scrittori da costoro allegati; ai quali pur s'aggiunga Giovanni a Sande, che scrisse: *porro cum justæ et idoneæ causæ præcesserunt, actiones transferuntur nuda voluntate absque ulla traditione, quam, licet ad translationem dominii aliarum rerum ea sit necessaria, actiones corporum expertes recipere non possunt.* (4)

E questa nostra conclusione fu pure professata da Nippel, ove disse: che il motivo di tutte le leggi positive, le quali per l'acquisto del diritto di proprietà e dei crediti prescrivono la tradizione, consiste in ciò che tutti possano chiaramente conoscere l'avvenuta cessione: che sia per questo fine necessaria (talvolta) la tradizione del titolo, del credito ceduto, *ma non necessaria assolutamente*; perchè saria lo stesso che pretendere che non si potesse cedere un credito non apparente da documento alcuno. La tradizione dei documenti toglie al cedente la possibilità di ulteriormente disporne. (5)

Nei rapporti coi terzi, che potrebbero essere danneggiati in causa della cessione, e precisamente perchè il cessionario non si è fatto consegnare i documenti giustificativi del credito ceduto, non esiteremo a chiamare necessaria questa formalità, affinchè la cessione si possa opporre efficacemente a costoro. Però dobbiamo fare queste avvertenze.

Questa necessità non è d'ordine generale: non è vero cioè che nessuna cessione possa tenere, se non è accompagnata dalla tradizione dei documenti di cui diciamo: ma questa è necessaria nell'ordine prudenziale, e talvolta anche nell'ordine giuridico; ma nei casi particolarissimi, quando cioè i terzi potessero querelarsi di un danno che loro provenisse in causa di quella ommissione. Ben è vero che potrebbe sembrare a taluno che la legge vigente volesse stabilirne la necessità generale, per qualsivoglia occasione; perchè nei §§ 425 e 427 del Codice civile dice che la proprietà non s'acquista col solo titolo, ma si richiede la legittima consegna; e che per riguardo a quelle cose mobili, che per la loro qualità non ammettono una materiale tradizione, *come i crediti*, le merci che si trasportano per condotta, i fondachi od altre cose universali, la legge ne permette le tradizioni per segni, la quale si fa se il proprietario consegna all'accettante *i documenti comprovanti la proprietà o gli stromenti, pei quali l'accettante possa prendere l'esclusivo possesso della cosa*; *o se alla cosa stessa si aggiunga qualche contrassegno, da cui ognuno possa*

(1) Carpan, *ad statul. mediol.* tom. 1, cap. 445, num. 14.

(2) Scaccia, *de commerc.* § 2, glos. 5, n. 264.

(3) Brunneman, *de cess, act.* cap. 1. e. 97, e cap. 5, n. 41.

(4) Joah a Sando, *de act. cess.* cap. 2, num. 9.

(5) Nippel, *comento* al § 427, n. 4, Cod. civ. aust. Noi non terremo perciò calcolo dell'opinione di Mattei, al § 427, n. 10-14, Cod. civ. aust. e di Liberale Berella, *manuale della compra-vendita* par. 2, num. 30, i quali dicono necessaria alla cessione la tradizione dei documenti, senza distinguere i diversi rapporti, così come noi facciamo.

chiaramente conoscere che la cosa è stata trasferita ad un'altro. E fin'anco nel § 404 del Regolamento giudiziario l'assegno giudiziale, che si paragona alla cessione, come vedremo dappoi, si pratica col dar ordine al cursore perchè levato dalle mani del reo lo scritto d'obbligo, il quale non eccedesse in valore il credito dell'attore, lo rimetta nelle mani di questo medesimo, ovvero, qualora lo scritto eccedesse il detto credito, faccia sopra di esso l'annotazione dell'assegno giudiziale, e lo restituisca quindi al reo.

Queste disposizioni sembrerebbero condannare esplicitamente la nostra distinzione, e stabilire la necessità assoluta e indeclinabile della tradizione dei documenti del credito ceduto. Tuttavia esaminandole accuratamente non vi vediamo un motivo sufficiente di ricrederci. E diffatti il § 404 del Regolamento giudiziario, prescrivendo in termini generali la consegna del documento, o l'annotazione del parziale assegno, prescrive una formalità molte volte necessaria all'indennità dell'assegnatario, ma non pregiudica punto la quistione, perchè quella legge non si propone di deciderla, o di regolarne gli effetti che ne possono conseguire, ma solo dispone circa le pratiche dell'esecuzione. Una legge qualsiasi ha una autorità imperativa delimitata alla materia che tratta. È però decisiva nel caso nostro la legge dei §§ 425 e 427 del Codice civile. Tuttavia non la crediamo decisiva contro il nostro assunto. Poichè essa non può andare incontro alla natura speciale della cessione de'diritti immateriati, e non dispone in fatti se non nei limiti della nostra seconda conclusione. Non può esiggere la tradizione dei documenti anche allorquando documento alcuno non ci abbia, o quando l'omessa tradizione non abbia pregiudicato ad alcuno. Ma colla nostra conclusione direbbe solo che il cessionario debba prendere *l' esclusivo possesso* del credito, allo scopo d'impedire che altri lo prendano prima di lui.

Fermiamoci in questo luogo, perchè qui la legge ci esibisce la ragione della stessa nostra distinzione. La tradizione dei documenti è necessaria, affinchè il cessionario prenda l'esclusivo possesso del credito. Questo non può essere il possesso materiale, perchè la cosa ceduta è immateriale. Ma è un possesso fittizio, che può avere qualche effetto bensì, ma non tutti gli effetti provenienti dal possesso materiale. Finchè una cosa fisica è posseduta da taluno, in favore di costui milita la presunzione del dominio: quindi ha luogo la deduzione di quel principio pratico che nei §§ XIV e XV vedemmo favorire la buona fede dei terzi, che su questa presunzione fanno un sufficiente fondamento delle loro transazioni. A questo modo il § 367 dispone che la rivendicazione d' una cosa mobile non ha luogo contro il possessore di buona fede, allorchè provi d'averla acquistata o a pubblica asta, o da persona abilitata a tale commercio, o a titolo oneroso da alcuno, a cui dallo stesso attore sia stata affidata ad uso, in deposito od a qualunque fine. In questi casi si acquista la proprietà dai possessori di buona fede. L'esclusivo possesso materiale della cosa mobile materiale dà il diritto di proprietà al terzo che la com-

pera in buona fede da uno che reputa proprietario. Ma noi diremo lo stesso del possesso del documento creditorio? Non dovremo dirlo, perchè è la legge stessa che ci dissuade. Il § 1193 dice che questo possesso esclusivo vale solo in riguardo ai documenti di credito pagabili al presentatore. *Inclusio unius, exclusio alterius.* Nella cessione di altri crediti si richiede un titolo che ne provi la legittimità.

E d'altronde la tradizione e la detenzione del documento può talvolta essere inconcludente, come può avvenire tuttogiorno quando il documento fosse redatto per istromento notarile o in più copie autentiche. In tal caso la consegna dell' una copia non attribuirebbe il possesso esclusivo di cui parla la legge: perchè il cedente potrebbe consegnare ad altri una seconda copia.

Pure dissimo che talvolta la tradizione del documento sia necessaria all'indennità dei terzi contraenti, de'posteriori cessionarii, dei surrogati, dei suppegnatarii. Lo può essere diffatti ogni volta che, non essendoci che un solo documento originale del credito ceduto, questo dev'essere consegnato al cessionario. Ma a quale scopo? Allo scopo d' impedire che alcun altro dappoi non resti ingannato dal cedente, credendolo ancora proprietario del credito. Allora risponderessimo col principio pratico della buona fede, dicendo che, siccome il primo cessionario avria potuto e dovuto coll'ordinaria prudenza ottenere l'esclusivo possesso del documento, e quindi del credito ceduto, così nella collisione tra la sua colpevole negligenza e la buona fede incolpevole del secondo cessionario, questi deve essere preferito.

A questo solo caso limitiamo la necessità giuridica della tradizione del documento nella cessione. Quindi escludiamo che l' omissione di essa possa giovare ai posteriori surrogati o suppegnatarii; i quali non possono iscusare la loro buona fede, e l' invincibile ignoranza nel caso che non avessero contrattato col creditore cedente. Se essi avessero ottenuto la surroga e il suppegno solamente perchè la legge o il giudice loro li concedevano, essi non possono aver acquistato nulla più di ciò, che rimaneva effettivamente e giuridicamente presso il cedente: perchè se essi avessero interrogato costui, li avria questi edotti della precedente cessione.

In questo argomento dilicato della indennità dei terzi, bisogna vedere di due altre circostanze concludenti, cioè dell' annotamento in margine all'inscrizione del credito ceduto, e della notifica da farsi al debitore.

10. Alla validità estrinseca della cessione in confronto ai terzi interessati in genere alla negazione di essa, non si richiede nemmeno come condizione necessaria, ch'ella sia fatta di pubblica notizia per un'apposita inscrizione nei registri ipotecarj, sebbene sia questa una prudentissima cautela. Giacchè non interessa nè molto nè poco al possessore del fondo ipotecato, nè agli altri creditori inscritti su di esso, di cercare e di sa-

pere a qual persona precisamente appartenga il credito originale (1), se al creditore inscritto od a qualche suo avente causa: contenti essendo che il credito ipotecario appaja da'registri stessi, e l'iscrizione noti il fondo ipotecato, l'importo e la posizione del credito stesso (2). Nessuna legge abbiamo che prescriva questa pratica a modo di necessità giuridica (3); la qual cosa però si dee intendere con assai di moderazione, e ponendo molta attenzione ai seguenti riguardi, che sono suggeriti dalla pubblicità del credito ipotecario ceduto, la cui natura non può soffrire un punto d'alterazione per causa della cessione.

Il creditore cessionario deve in primo luogo provvedere alla conservazione del credito ipotecario ceduto; poscia dee curare che la cessione stessa non gli faccia difetto per le malizie altrui: per le quali cure disse con ragione Troplong, che il sistema della pubblicità ipotecaria obblighi tal fiata il cessionario a delle pratiche meritevoli di molto studio (4). Di conseguenza è necessario avanti ogni cosa di curare che il diritto ipotecario ceduto esista per una inscrizione sua propria, e che tale inscrizione si conservi (5): che appaja legittimata col titolo costitutivo del credito originale (6); perciocchè questa è la formale prescrizione della legge da noi esaminata in principio del superiore § XXIV, per la ragione addotta da Favard de Langlade, che i terzi hanno interesse e diritto di poter verificare sui dati dall'inscrizione la regolarità del titolo motivante l'ipoteca primitiva (7). Questo sbaglio poteva facilmente accadere nel tempo del primo impianto degli uffici ipotecarj, e da noi in seguito della sovrana Patente 19 giugno 1826, quando il cessionario avesse per la prima volta fatto inscrivere il credito ipotecario ceduto, ma invece di indicare il titolo originario, avesse addotto il titolo della cessione: per il che, e il credito ipotecario primitivo, e la seguente cessione sarieno a buon diritto di nullità intaccate. È inutile l'avvertire, come cosa che facilmente si presuppone, che il cessionario possa praticare la prima inscrizione a nome del suo cedente, ossia dell'originale creditore (8), quando egli esibisca al conservatore il titolo, pur esso autentico, della propria cessione, la quale equivale a procura (9).

Per la conservazione di quel credito, e per guarentirlo dalle malizie

(1) Vedi, § XXIV, num. 4.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 365, Gauthier, *subrogation*, num. 580. Chiesi. *sist. ipot.* n. 494 e 495.

(3) Troplong, *des priv. et hyp*, num. 609, *de la vente* num. 906. Però nell'art. 9 della legge francese dell'anno 1855 relativa alla trascriziona si stabili necessario l'annotamento in margine all'inscriziona, od un ioscrizione apposita perchè la cessione o la surroga si potesse opporre ai terzi.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 362.

(5) Grenier, *hyp.* num. 74.

(6) Arret 26 marzo 1808 della Corte d'appello di Parigi in Sirey, tom. 7, par. 2, pag. 1002, Arret 4 aprile 1811 della Corte di cassazione in Sirey, tom. 10, par. 1, pag. 218, Arrat 7 ottobre 1812, della stessa Corte in Sirey, tom. 13, par. 1, pag. 111.

(7) Favard de Langlade, *Repertoire*, v. *inscription*, sect. 5, num. 10.

(8) Arret 16 febbrajo 1809 della Corte d'appello di Parigi in Sirey, tom. 9, par. 2, pag. 208.

(9) Secondo le prescrizioni dei §§ XXIV, num. 1 e 7 e XXV, num. 1.

altrui è di mestieri che il cessionario domandi un' annotazione del suo subingresso in margine alla primitiva inscrizione; ovverosia domandi la originale iscrizione in suo proprio nome (1), adducendo i titoli dell'ipoteca ceduta e della cessione, e se mancasse la copia autentica dell'uno o dell'altro, provocando la prenotazione giudiziale (2): ovvero anche la rinovelli pure in suo proprio nome ed interesse. In questo ultimo caso parrebbe che non si esigga la produzione del titolo autentico della cessione (3) pel motivo che per rinnovare un inscrizione non è necessario che il terzo giustifichi la sua domanda (4). Ma si oppone che in quanto si pratichi *a nome* del cessionario s'agguaglia ad un'annotamento di subingresso, non importando la differenza che questo sia in margine o nel contesto dell' iscrizione. Epperciò con Mourlon (5) non credo giusta quella conclusione, ma credo necessario di chiedere tanto gli annotamenti, che siffatte rinnovazioni, in proprio nome, producendo il titolo autentico della cessione: a meno che cotale rinnovazione avvenisse per un' iscrizione originaria la quale fosse accompagnata dall' annotazione marginale dello stesso subingresso. Allora il conservatore non ha d'uopo d'alcuna prova per assicurarsi che esiste una cessione a favore del rinnovante, perchè di già apparente dai suoi registri. Avvertìa poi il surrogato a ciò che dice Grenier (6), che nella rinnovazione non rinnovi già solo il suo precedente annotamento, ma la inscrizione primitiva costituente la ipoteca ceduta; di maniera che la sua rinnovazione importi la pubblicità del credito ceduto, come se si facesse astrazione dalla seguita cessione o surroga. In caso diverso il diritto ceduto mancheria della sua base, della sua sostanza.

Questa annotazione marginale, inscrizione o rinnovazione in nome proprio del cessionario, sono cose necessarie ad evitare molti pericoli; e questo basta per raccomandarle alla pratica, quantunque la legge non provveda con ispeciali disposizioni.

E di vero se nell' iscrizione del credito ceduto non apparisse alcuna traccia del diritto aquisito dai cessionarj e surrogati, il conservatore non potria rifiutare una domanda di cancellazione che il cedente colludendo col debitore gli acconsentirebbe: non si potrebbe schivare la prescrizione decennale di essa, cessando l'interesse nel cedente, e mancando nel cessionario la debita sorveglianza: non impedirebbe questi che il cedente alienasse lo stesso credito ad altre persone, le quali sorgerebbero contro di lui con una funesta concorrenza, o colla più pronta loro iscrizione

(1) Che lo si possa fu giudicato alla Corte di cassazione coi Decreti 5 ventoso anno 13 e 4 aprile 1811; così Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription* sect. 5, num. 9.

(2) Art. 4, lett. b, della legge delle prenotazioni, 27 e 28 aprile 1824.

(3) Grenier, *hyp.* num. 77, Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription.* sect. 5, num. 9: che riferisce l' Arret 7 ottobre 1812 della Corte di cassaz. Chiesi, sist. ipot. num. 494.

(4) V. § XLIX, num. 3

(5) Mourlon, *examen critique du comm. de Troplong, sur les privil.* num. 326.

(6) Grenier, *hyp.* num, 117.

gli sarebbero anteposte. Questa è almeno l' opinione di Toullier (1), di Troploug (2), di Gauthier (3) e di Carozzi (4); ma è alquanto disputabile perchè, le leggi francesi e nostrali tacciono in questo. La legge 9 messidoro dell'anno 3 nell'art. 85 disponeva come il cessionario o l'aggiudicatario dovesse far inscrivere il suo titolo, e che senza di ciò la liberazione ottenuta dal debitore oppure dall'acquirente gli avrebbe nuocciuto (5). Nelle posteriori leggi francesi ed italiche si diedero delle norme per le inscrizioni e gli annotamenti di subingresso: ma della loro necessità ed efficacia giuridica non punto parlarono. Tace il Codice Napoleone; il Regolamento 19 aprile 1806 negli art. 54 e 55 dispone come possano i cessionarj praticare l' inscrizione del eredito ceduto (6): la Circolare 8 febbrajo 1811 del Ministero della giustizia indicava le seguenti norme direttive: 1. Qualunque cessionario chieda la registrazione di un subingresso dovrà presentare l'atto autentico pel quale si opera in lui la cessione (7), accompagnandolo di analoga petizione in duplo, nella quale saranno espressi; *a*) il nome, cognome e domicilio del richiedente: *b*) la data del contratto, in forza del quale ha luogo in tutto o in parte la subingressione. — 2. Il conservatore, dietro l'esibizione di tal documento, passerà ad eseguire l'annotamento di subingresso nei sensi indicati dall'art. 72 del Regolamento 19 aprile 1806, tanto nel registro consegne, che in quello delle inscrizioni, nei quali di già esista l' inscrizione del titolo in favore del cedente. — 3. Siffatto annotamento indicherà sempre la data del giorno in cui venne fatta la relativa istanza . . . . — 4. Un' eguale annotazione sarà fatta eziandio nel repertorio e nell'indice. — 5. Il conservatore marcherà la petizione presentata col numero progressivo della filza, in cui giusta il precitato art. 82 ne collocherà una copia, rendendo l'altra all'esibente, appostovi prima il certificato esprimente l'eseguito annotamento di subingressione. — 6. Ritenuto poi che la persona subentrata viene ad acquistare l'ipoteca ceduta con tutti i relativi diritti, come se l'inscrizione fosse stata originariamente eseguita a di lui favore, così si determina la tassa ecc.

E nemmeno nelle altre legislazioni italiane non si trova prescritta questa assoluta necessità dell' annotamento del subingresso. Solo nel Regolamento legislativo di Gregorio XVI si presuppone che i cessionarj abbiano interesse di praticarlo, e se ne prescrivono le norme nell' articolo 137: l'atto pubblico della cessione del credito e dell'ipoteca iscritta, sia che riguardi la intera somma, od una parte di essa, attribuisce diritto al cessionario di chiedere che la iscrizione venga trasferita in suo

(1) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, chap. 5, n. 168.

(2) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 364.

(3) Gauthier, *subrogation.* n. 298.

(4) Carozzi, *giurispr. del Cod. aust.* tom. 10, cap. 1, n. 15.

(5) Tarriblo, *Repert, di Merlin.* v. *hypotheq.* sect. 2.

(6) Vedi § XXV, num. 1.

(7) Nella Circolare 30 gennajo 1818 del Demanio veneto si permette la presentazione d' una scritta privata autenticata da notajo.

favore per la quantità della somma ceduta. Sarà tenuto il conservatore sulla semplice domanda del cessionario, che dovrà esibirgli l' atto pubblico, di eseguire il trasferimento mediante annotazione nel registro ove è iscritta l'ipoteca. L'atto della cessione sarà restituito al presentatore col certificato dell' eseguito annotamento. E nell' art. 166 si aggiunge che i cessionarj, e gli eredi dei creditori dovranno fare eseguire in proprio nome le rinnovazioni, indicando però il nome del cedente o del loro autore. Le inscrizioni (art. 175) potranno rinnovarsi anche a nome dei cessionarj che non abbiano ottenuto il trasferimento con le norme stabilite dall' art. 157: in questo caso però saranno astretti i cessionari ad esibire il titolo da cui risulta la cessione.

Che anzi per le successive leggi austriache sembrerebbe che questa pratica non avesse una così grave efficacia, per la ragione che nella Circolare 25 settembre 1832 il Magistrato camerale di Venezia avrebbe dichiarato che il suppegno porta una reale inscrizione a differenza del subingresso, pel quale basta la semplice annotazione al margine; perchè col subingresso il creditore cede ad un terzo la propria azione immettendolo nei proprii diritti, per cui non occorre veramente una apposita inscrizione, ma un'annotazione al margine dell'originaria inscrizione. Col suppegno all'incontro il creditore, a cui favore sta l'inscrizione senza rinunciare alla sua azione di credito ed al suo diritto ipotecario, vincola a favore del terzo il proprio diritto: ciocchè porta una reale inscrizione a sensi del § 454 del Codice civile austriaco (come pur noi vedremo nel seguente § LIII). Parrebbe adunque, secondo queste osservazioni che l'annotamento non fosse necessario a procurare al cessionario la realtà del suo diritto; ma che a tal uopo fosse sufficiente il contratto di cessione.

Tuttavia la conclusione contraria è la più attendibile, perchè nel § 405 del Regolamento giudiziario leggiamo in riguardo all'assegno esecutivo: » che, se il credito assegnato fosse assicurato sopra un fondo stabile, dovrà la superiorità farne ad istanza dell'attore seguire l'annotazione nei pubblici registri, o in altri modi praticati in ciascun luogo provvedere *ad effetto che conseguisca il diritto reale* ».

E diffatti se un credito è ipotecario e reale in virtù dell' inscrizione, il cessionario potrà bensì dirsi possessore di quel diritto in confronto a chicchesia, cui non importava di conoscere il possessore, e, siccome dissimo nel § XXIV, num. 4, varrebbe l'inscrizione anche se non vi fosse menzionata la persona del creditore. Ma in confronto degli ulteriori cessionarj non si potrebbe sostenere l'anteriorità e la realità del suo diritto, perchè in ultima analisi coll'annotamento di subingresso farebbe lo stesso che indicare la persona del vero ed attuale creditore, e siccome questa indicazione deve apparire nell'inscrizione per l' indennità dei terzi, così nel caso che fosse ommessa, la primitiva inscrizione non attribuirebbe all'anteriore cessionario l'utilità reale della sua convenzione.

Ripetasi però quell'ultima limitazione che facemmo nel caso superiore

della tradizione del documento creditorio: che la mancata tradizione o l'annotamento di subingresso nuocerebbe soltanto a quei terzi, i quali reclamassero una protezione per l'invincibile loro buona fede; ma coloro che non avessero contrattato col creditore, come quelli che non furono da esso lui ingannati, anzi poteano essere ammoniti dell' anteriore cessione, non doveano essere certi che il credito inscritto appartenesse ancora all' inscritto creditore. L' inscrizione per sè stessa, come dissimo nel § XLVIII non autorizza i terzi a giudicare della validità legale del diritto inscritto.

11. Nel giornale per le scienze politico-legali tomo 2, pag. 70, leggiamo che era stato venduto giudizialmente per debiti uno stabile ipotecato a molti creditori, tra i quali ci avea un certo Abram Lattes per una prenotazione in data 8 agosto 1837. Questi avea ceduto il vaglia 12 maggio 1837 (che era il titolo del credito prenotato) ad Antonio Panizza colla scrittura 10 novembre 1837, in cui abilitavalo a proseguire in nome di esso cedente gli atti esecutivi contro il debitore.

Il debitore stesso fu quegli che il 20 maggio 1845 chiedeva al tribunale di .... l' attivazione della procedura di graduazione e distribuzione del prezzo. Il cedente Lattes non si insinuò, ma in sua vece ed in proprio nome qual cessionario l'Antonio Panizza. Si opposero gli altri creditori, perciò che la cessione non essendo inscritta, e non importando espressamente l' accessorio dell' ipoteca, egli non potesse di suo capo insinuarsi. Prese questi ad ogni buon conto coll'assenso del cedente l' annotazione di subingresso in data 10 ottobre 1845. Il tribunale lo escluse dalla graduatoria 5 gennajo 1846 con dire: Abram Lattes creditore ipotecario iscritto non si insinuò nel giudizio d'ordine. S' insinuò il Panizza; ma egli non può considerarsi come acquirente d' un diritto reale, perchè non fece iscrivere il suo subingresso prima della vendita giudiziale. Dunque l' ipóteca originaria del Lattes non può considerarsi come insinuata, e non può entrare nella graduatoria.

L' escluso Panizza propose allo stesso tribunale l' azione di priorità in confronto della ditta Bertuch e Aubin, come quella che era graduata nel posto che stimava a lui competente. E lo stesso tribunale colla sentenza 24 agosto 1846 persisteva nel rifiuto per ragioni poco dissimili dette precedenti. Ma l'Appello colla sentenza 9 aprile 1847 dava ragione al cessionario, e con una lucida e compiuta motivazione confermava appieno le teorie da noi superiormente dedotte: e la terza istanza colla conferma del secondo giudizio definitivamente le avvalorava.

La motivazione dell'Appello era questa: Osservato che è principio generale di diritto, accolto anche dal Codice civile austriaco al § 1394, che col credito passano nel cessionario gli accessorj del credito stesso, tra i quali deve annoverarsi appunto l' ipoteca;

Osservato che pel sistema ipotecario vigente in questo Regno, l' iscri-

zione presa dal cedente giova anche al cessionario, non potendo importare ai terzi interessati, che i diritti del cedente sieno esercitati direttamente da lui, o da taluno che lo rappresenti; e che nei soli rapporti tra cedente e cessionario è prudente per quest' ultimo di far seguire l' annotazione di subingresso nell'ipoteca, ai quali rapporti soltanto alludono anche i § § 444 e 455 nel Codice citato (1);

Osservato, che intervenuto l' odierno attore al processo di insinuazione per la distribuzione del prezzo dell'immobile venduto, ed avendo in quello giustificato la cessione del credito, e per sovrabbondanza anche con dichiarazione posteriore di surrogazione all' ipoteca, non poteva nuoccergli l'aver fatto egli eseguire l' annotazione di subingresso solamente dopo la delibera del fondo, profittandogli già l' iscrizione presa dal Lattes, così che doveva essere compreso fra i creditori ipotecarj; osservato, ecc.

In un altro caso recente si disputò sulla natura d' una cessione, se fosse un semplice mandato di pagamento, o una vera cessione traslativa del credito. Il creditore, poscia oberato Giovanni B... avea fatta una cessione *pro solvendo* del capitale di L. 3600 e relativi interessi, da esso debitore depositato nella cassa d' ammortizzazione del Regno lombardo veneto, al proprio creditore d' una somma molto maggiore. Avea questi praticata l' annotazione dell' assegno sui registri della cassa medesima; e insinuò dappoi nel concorso il suo credito residuo a quanto avrebbe a percepire per la suddetta cessione. Il curatore oppose che questa non fosse che un semplice mandato, che dovea essere rivocato col fatto dell'apertura del concorso sui beni del debitore mandante. Ma la Pretura di Desio colla sentenza 30 maggio 1854, e l'Appello lombardo coll' altra conforme del 20 ottobre 1854 respinsero questa eccezione. Notevoli sono i motivi d'Appello. » A fronte della letterale dizione del contratto... ove è detto che il signor B... *assegna e cede* ai signori M... il capitale di L. 3600 da lui depositato nella cassa del fondo d' ammortizzazione; a fronte della letterale espressione della legge, che dichiara che colla cessione si verifica un nuovo obbligo positivo tra cedente e cessionario, il quale obbligo si trasfonde anche nel debitore ceduto ogni qualvolta gli sia noto il cessionario (§ 1395); e ritenuto che tale cessione fu regolarmente notificata alla cassa debitrice, era vana l'eccezione avversaria. Quando un atto giuridico ha determinati caratteri di un qualificato contratto, non è lecito assumerlo sotto l' aspetto di un contratto diverso. Nel caso concreto concorreva la vera traslazione di un credito da una persona in un'altra, e l'accettazione per parte di questa; e punto non si verificava quel fatto, col quale taluno incaricasse altrui della esecuzione in nome proprio di un affare commessogli: dunque era certa la cessione, escluso il mandato . . . . . . Era poi naturale che la

(1) Risguardanti in genere la realità derivante per l' iscrizione alla proprietà o agli altri diritti sugli immobili.

cessione avvenisse *pro solvendo* per qualsivoglia dubbio di esigibilità della cosa ceduta, nel qual caso non estinguevasi il debito del cedente; perocchè non è detto che colla cessione si vada a rinunziare ai diritti che derivano da una azione creditoria, quando la cessione rimanga senza effetto » (1).

12. Veduto come dev'essere corredata la cessione per la sua efficacia giuridica, esaminiamone gli effetti nei successivi possibili rapporti tra i contraenti e i terzi.

Per la cessione derivano nel rapporto tra i contraenti tutte le conseguenze che scaturiscono in genere da un contratto, per cui si trasferisce l'utilità di una cosa qualsiasi. La cosa passa nell'acquirente con tutte le sue commodità anche accessorie. Quindi avviene che il cessionario per riguardo al credito ceduto rappresenta il cedente, e, secondo una frase favorita presso gli antichi, si presta come l'imagine sua, ed esplicitamente il § 1394 del nostro Codice civile dice che gli competano gli stessi diritti del cedente.

Per questa disposizione possiamo eziandio stabilire che, se fosse fatta la cessione senza che le parti avessero fatto menzione delle garanzie accessorie e dell'ipoteca che l'assicura, il cessionario potria pretendervi, appunto perchè la legge dice che gli competono per riguardo al credito ceduto gli stessi diritti del cedente (2). Gli antichi ponevano questa conclusione per regola indubitabile: ***secunda regula hæc sit***, scrisse Brunneman; ***quod cessa ipsa obligatione vel actione, cessa etiam videantur jura actioni vel rei cohærentia, nisi aliud actum sit*** (3). Analogamente, nel caso d'un credito ipotecato e tradotto in cambiali, le quali portassero la menzione dell'ipoteca e fossero state girate ad altri dal creditore, decisero i francesi che il giratario avesse pur diritto all'ipoteca accessoria (4).

Il cessionario avrà pur diritto agli altri accessorii del credito ceduto, quali sarebbero gli interessi. Nell'art. 158 della legge ipotecaria di Romagna glielo si concede espressamente con queste parole: « il cessionario si reputa surrogato al cedente in ordine al capitale inscritto, ed all'annuo frutto indicato nell'inscrizione, con la sola anteriorità risultante dalla medesima ».

Il credito ceduto passa nel cessionario anche co'suoi difetti, ma in una certa misura compatibile colla probabile intenzione dei contraenti. Però distinguasi nella diversità dei titoli per alcuno dei quali la cessione av-

(1) Gazzetta de' Trib. di Milano an. 5, 1855, num. 141.

(2) Winiwarter, *Dir. civ. aust.* tom. 2, § 139.

(3) Brunneman, *de cession. act.* cap. 4, num. 73-76. E prima di lui Neguzant. *de pignor.* par. 5, mem. 3, num. 23 e seg. Ant. Fabro, *in Cod.* lib. 4, tit. 29, def. 13 e 20, Carpan, *stat. mediol.* tom. 1, cap. 443, n. 55, De Olea, *de cession. jur.* tit. 6, quæ. 6, num. 1, e 10.

(4) Troplong, *vente*, num. 906, *des priv. et hyp.* num. 808, la notis: e i giudicati ivi riferiti. Chiesi, *sist. ipot.* n. 491.

venne; e col § 1397 del Codice civile diciamo: « chi cede gratuitamente un credito, e quindi lo dona, non è obbligato più oltre.» Notisi la divergenza tra questo e il § 945 dello stesso Codice, ove è detto « chi scientemente dona una cosa altrui e tace questa circostanza, è responsale delle conseguenze di danno ». Chi dona la cosa, dona la proprietà di essa. Se il donante di un diritto di proprietà, ch' egli sapeva di non avere, è tenuto alle conseguenze di danno, perchè non lo sarà pure chi dona scientemente un diritto creditorio inesistente? La ragione potrebbe essere questa, che donandosi una cosa materiale la presenza di questa fa sì che il cessionario abbia un sufficiente motivo di credere che il cedente ne sia proprietario; quindi se è gabbato, lo è senza sua colpa, e può chiedere l' indennizzo della colpa o del dolo del donante. Ma nella cessione d'un credito il donatario sarebbe in colpa se non esamina i documenti che lo giustificano, se non denunzia la cessione al debitore: pratiche sono queste di ordinaria prudenza. Se non si fece esibire alcun documento imputi a sè la sua fiducia nelle millanterie del donante. Ma se gli fu consegnato un documento apocrifo non crederessimo disobbligato il donante delle conseguenze, non del falso, perchè in lui non era l'intendimento d' un lucro, ma dell' inonesta menzogna, in quanto abbia arrecato un'effettivo danno all'altra parte.

Il suddetto § 1374 continua: « nella cessione a titolo oneroso il cedente è responsabile al cessionario tanto per la verità del credito, quanto che esso sia esigibile: ma non è tenuto a più di ciò che ha ricevuto dal cessionario ».

Nel Diritto romano questa garanzia della esigibilità del credito non si doveva per alcuna legge, ma solo per contratto. *Si nomen debitoris sit distractum, Celsus lib. IX digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debet præstare: debitorem autem esse, præstare, nisi aliud convenit* (1). Questa divergenza d' opinione tiene allo sviluppo della legislazione, la quale col tempo fa scaturire de' precisi diritti dall' analisi delle convenzioni, consacrando cogli ordinamenti espressi ciò che l'equità degli antichi interpreti non avria ardito asseverare. Quando in un contratto si trasferisce una cosa, e con essa la corrispondente utilità, e per causa di questa l'accettante promette un corrispettivo, egli ha diritto all'utilità stessa, tal quale potea e dovea ripromettersi all' epoca del contratto. Se per colpa di chi la dà, o per caso fortuito avvenuto prima della consegna la cosa non presta quell'utilità attendibile, l'accettante si trova sgannato della sua promessa, il consenso prestato manca di causa motiva, il contratto per sè stesso si discioglie per la corrutela dell' essenziale suo elemento. Quindi la legge austriaca, come vedremo eziandio nel nostro § LXVI, col § 922 e successivi del Codice civile ha stabilito per qualsivoglia contratto che se alcuno trasferisce in altri una cosa a titolo one-

(1) Così Ulpiano nella leg. 4, Dig. *de heredit. vel action vend*

roso, deve garantire che essa abbia le qualità espressamente pattuite, o che d'ordinario si suppongono, e che presti quell'utile, ed uso che è consentaneo alla natura dell'affare o alla fatta convenzione. In conseguenza è responsabile se risulta il contrario. Coerente a questi principii è la disposizione citata in riguardo alla verità ed esigibilità del credito ceduto. Un credito se non è vero, non è credito, è una cosa che non esiste. Un credito inesigibile non ha alcuna utilità, non può adoperarsi ad alcun profittevole uso: è come non esistesse. Il creditore, adunque che ha ricevuto per quell'oggetto un corrispettivo, ha ricevuto una cosa che non è corrispettivo: perchè secondo il § 921 dello stesso Codice una cosa per essere tale suppone che si dia all'altra parte alcun'altra cosa o qualche fatto. Quindi mancando d' un carattere legale per ritenerlo, deve restituirlo a chi lo ha dato. Ed è per questa ragione che il succitato § 1397 conchiude, che il cedente non è tenuto a più di ciò che ha ricevuto dal cessionario.

La legge francese ha tenuto nessun calcolo di quest' analisi del contratto oneroso della cessione, poichè negli articoli 1693 e 1694 del Cod. Napoleone ha detto solamente: quegli che vende un credito o altro diritto incorporale, deve garantirne *l' esistenza* al tempo della cessione, quantunque questa si faccia senza garanzia. Egli non è risponsabile della solvibilità del debitore, che quando si è a ciò obbligato, e per la concorrenza soltanto del prezzo che ha riscosso del credito venduto. Eppure in riguardo alla vendita delle cose corporali avea stabilito coll'articolo 1626: quantunque nel contratto di vendita non sia stipulata la garanzia, il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore dell' evizione che soffre di tutta o di parte della cosa venduta, o dei pesi che si pretendono sulla medesima, e che non furono manifestati all'atto della vendita. E nei seguenti articoli 1628-1649 condanna il venditore alla restituzione del prezzo, e dichiara nulla qualunque convenzione in contrario (2). L'incoerenza sua è dunque manifesta. E d'altronde la garanzia della verità del credito non meritava per sè una disposizione speciale della legge, perchè, come avverte anche Troplong (3), il cedente sarebbe egualmente tenuto a restituire il prezzo, come cosa non dovuta, non sua; e fin' anco presso gli antichi il cessionario avria avuto la *condictio indebiti*.

Il credito ceduto può essere esigibile al momento della cessione, e

(1) Toullier, *droit civ.* liv. 3, chap. 3, n. 164, Mourlon, *examen critique*, num. 327. Chiesi, *sist. ipot.* num. 512. A questi articoli corrispondono esattamente gli art. 1539, 1540 del Cod. siciliano; l'art. 816 del Cod. del Canton Ticino, gli art. 1699 e 1670 del Cod. piemontese, e gli art 1594 e 1595 del Cod. modenese. Più saviamente volle che il creditore garantisse anche l'esigibilità il Codice di Parma nell'art. 1509.

(2) A questi art. 1626-1649 corrispondono gli art. 1472-1495 del Cod. siciliano, gli art. 1442-1446 del Cod. parm., art. 750-775 Cod. ticinese, art. 1633-1656 Cod. albertino, art. 1521 1543 Cod. modenese.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 385, bis.

non esserlo dappoi. Quindi dispone il § 1398 del Codice civile austriaco che » non è risponsabile il cedente se al tempo della cessione il credito era esigibile, e non può in seguito per caso fortuito o per colpa del cessionario ottenersene il pagamento. » E nel seguente § 1399 si aggiunge: » il cessionario commette questa colpa se non intima al debitore il pagamento del debito nel tempo in cui ciò può farsi, o se dopo venuto il giorno del pagamento non esige il credito; se è indulgente col debitore; se trascura di procurarsi in tempo opportuno quella sicurezza che poteva ancora ottenersi, o non sollecita l'esecuzione giudiziale. » Avverrebbe per esempio il caso fortuito, se la casa ipotecata venisse a perire per un incendio; allora perisce il credito in quanto non si possa soddisfare altrimenti: e perisce al creditore. Negli altri casi si richiede per il regresso che il credito sia divenuto inesigibile dappoi, senza colpa del cessionario. Le parole della legge non possono essere più chiare ed esplicite. Se non che aggiungeremo con Basevi, che spetterà al cedente di provare questa colpa del cessionario: perchè in dubbio nessuno si reputa in colpa (1).

Se nel contratto di cessione il cedente avesse promesso la verità e l'esistenza del credito, e avesse sottaciuta la garanzia dell'esigibilità, vi sarebbe egli tuttavia obbligato? Il § 922 l'affermerebbe dicendo che si debbano guarentire le qualità che d'ordinario si suppongono, e il § 923 annovera tra queste pur quelle, che per la natura del contratto s'intendono tacitamente dedotte in contratto. Sembra adunque che nel silenzio dei contraenti operi la legge, e che per far tacere questa si richiegga una contraria ed espressa convenzione. Così fu d'altronde giudicato dalla Pretura di Schio con sentenza 21 dicembre 1853, riformata dall'Appello veneto colla sentenza 3 febbrajo successivo nella quistione di fatto, se fosse stato o no esigibile il credito, e confermata senz'altro dalla Corte suprema di giustizia il 12 aprile 1854 (2).

Il succitato § 1398 contiene quest'altra disposizione: » In quanto il cessionario ha potuto instruirsi col mezzo dei libri delle ipoteche se il credito era esigibile, non gli è dovuta veruna indennizzazione pel motivo di non essere lo stesso esigibile. » Basevi osserva che non è agevole l'istruirsi col mezzo dei libri ipotecarii se il credito sia sufficientemente garantito, non contenendo essi (nel nostro sistema) alcuna valutazione dei fondi vincolati; epperciò è quasi impossibile di giovarsi in pratica di questa limitazione (3). Ed ha certamente ragione.

Però proponiamo quest'altro dubbio: se il cessionario pe' registri ipotecarii conobbe che il credito era inesigibile, sarà tenuto il cedente alla

(1) Basevi, *annotaz.* al § 1398, num. 1, Cod. civ. aust.

(2) Gazzetta de' Trib. di Milano an. 1854, n. 88 e 89.

(3) Basevi, *annotaz.* al § 1398 num. 1, Cod. civ. aust.

garanzia? Parrebbe di no: per i principii generali dell'evizione formulati nei §§ 928 e 929 del nostro Codice civile, ove è scritto, che se i vizii d'una cosa siano evidenti, e se i pesi ad essa inerenti possano conoscersi dai pubblici libri, se uno ha scientemente acquistato una cosa d'un terzo, non ha diritto all'evizione, a meno che non siasi espressamente promesso che la cosa fosse senza difetti e senza pesi.

13. La teoria dell'obbligo del cedente a guarentire al cessionario l'esigibilità del credito, serve di premessa, la quale ci scioglie la seguente quistione. Un creditore ha ceduto una parte sola del suo credito: indi nell'atto di realizzarlo si scopre che non è esigibile del tutto. Quale dei due otterrà l'integrale pagamento della sua rispettiva porzione? Rispondiamo tosto: se il cedente è tenuto per l'inesigibilità verso il cessionario, gli deve dare la prevalenza, per il principio pratico: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

E di vero: se da una parte il cessionario nella quota ceduta non può pretendere sul valor reale ed esigibile del credito che una somma proporzionata alla sua quota, dall'altra però il cedente, essendo tenuto alla garanzia dell'esigibilità, deve nel momento stesso prestargli la realizzazione intera di quella parte del credito, che corrisponde al prezzo corrispettivo della cessione medesima. Il suo diritto di creditore rimane eliso dall'obbligo dell'evizione (1).

Ma cesserà questo suo obbligo di prestare l'esigibilità della quota ceduta, se il credito ceduto a titolo oneroso fosse stato esigibile al tempo della cessione. Se nol fosse stato che per una parte, il cedente saria tenuto soltanto in proporzione di essa. Supponiamo che il credito fosse di 100, e fosse stato ceduto per la metà: che il cedente provasse che il credito all'epoca della cessione o della scadenza fosse esigibile per 80. In questa ipotesi, all'epoca della cessione, il cedente si saria riservato la somma di 30, ed avria lasciato al cessionario quella di 50. Supponiamo ancora che per un caso fortuito, il credito dapprima esigibile ad 80, non si potesse realizzare che per 40: quale sarà il criterio del riparto? Concorreranno essi in ragione della metà? in ragione del 30 al 50? oppure ci sarà una prelazione dell'uno sull'altro?

Il cedente che non è obbligato a questa seconda inesigibilità, conserva il suo diritto sulla quota trattenuta. Se al tempo della cessione egli avea diritto a 30, e il cessionario a 50, questa proporzione dovrebbe conservarsi ed osservarsi anche in processo di tempo: non essendosi pel fatto dell'uno o dell'altro alterati i loro rapporti di diritto. Dunque resta esclusa la proporzione originaria introdotta nel contratto, perchè l'obbligo del cedente a guarentire la esigibilità originaria del credito ha diminuita

(1) De Olea, *de cession. jur.* tit. 5, quæ. 2, num. 23 e tit. 6, quæ. 8, nn. 24, Brunnemann, *de cess. action.* cap. 5, n. 38, Lenz, *de nominib. et act.* cap. 29.

quella proporzione di 50 in 50, in quella di 30 a 50. In riguardo alla seconda inesigibilità, resta esclusa la prelazione del cessionario, per ciò stesso che il cedente, non essendovi tenuto, conservò il suo diritto.

La deduzione del sopra invocato § 1397 nel Codice civile richiede altresì che si avverta: non essere il cedente obbligato più oltre di quanto ha ricevuto dal cessionario. Quindi nel caso precedente della cessione d'una metà del credito di 100, se fu fatta col solo corrispettivo di 40, verificatasi la inesigibilità di 20 sopra i 100, il cessionario non avria diritto alla metà del valor nominale, ma solo a 40; e nel caso che all'atto della realizzazione il credito dapprima esigibile a 80, fosse ridotto a 40, il cessionario avria diritto solo a 20: perchè il cedente non era tenuto che a quell'inesigibilità che esisteva al tempo della fatta cessione.

Questi sono corollarii diretti della regola generale che ogni qualvolta, e fino a tanto che il cedente è tenuto a guarentire la esigibilità del credito, ei non può pretendere ad alcuna prelazione nella porzione ritenuta verso la ceduta, nè può concorrere per una parte aliquota proporzionata.

Nel caso inverso che non fosse tenuto all'inesigibilità, ei può concorrere in proporzione della parte trattenuta (1). E ciò avviene o nelle cessioni a titolo gratuito, o quando la causa della inesigibilità sopravviene dopo la cessione, e non è a lui imputabile; e finalmente quando la cessione fu fatta per titolo necessario, come vedremo in appresso ragionando della surroga: *cum talis cessio obtineatur ex æquitate sola, juxta regulam quod uni non nocet, et alteri prodest, concedendum est* (2).

11. Or domandiamo cosa sarà di diritto di un secondo cessionario, che avesse acquistato un credito ipotecario, che il cedente avea dapprima alienato ad un terzo. La collisione tra i loro interessi verte su tutto il credito, e non c'è via di mezzo; perchè se si dà tutto all'uno, si toglie tutto all'altro: se si spartisce il pagamento tra i due, ciascuno può lagnarsi per avere acquistato tutto il credito.

Questa ricerca è difficile perchè complessa, e non agevole nemmeno in ciascun suo elemento. Imperocchè prima di tutto si domanda, se l'anteriorità del semplice contratto di cessione importi la priorità di diritto. In secondo luogo, supposto che non concluda l'anteriorità del contratto, se basti la tradizione dei documenti del credito ceduto, ovvero se concluda l'annotamento di subingresso e l'anteriorità del medesimo. E infine se si preferisca quel cessionario che pel primo notiziò il debitore della

(1) Brunneman, *de cess. act.* cap. 5, num. 37, De Olea, ibid. n. 22, Salgado, *labyr. cred.* par. 3, cap. 13, § unic. n. 81, 84. Gauthier, *subrogat.* num. 34 e 99. Troplong invece, *des priv. et hyp.* num. 367, pensa che sia da preferirsi al cessionario, anche quando il cedente non è tenuto dell'esigibilità. Egli invoca l'equità; ma questa distrugge piuttosto il principio della legge francese, che non la nostra deduzione. E con ragione, secondo la legge francese positiva, è confutato da Monrlon, *examen critique de Troplong. sur les privil.* num. 327.

(2) M. Merlin, *de pignor.* lib. 2, tit. 1, q. 11, n. 1.

ottenuta cessione. Gli antichi nel primo caso avrebbero risposto che la semplice cessione avesse operato la traslazione completa del credito nel cessionario anteriore, e che dappoi il cedente non avria potuto cedere ad altri lo stesso credito: almeno secondo che scrisse De Olea: *quo sensu accepta sine dubio transit conclusio illa, quam innumeri firmarunt, quod actio semel cessa, alteri cedi non potest* (1). Era però questa una conclusione assai disputabile per quella distinzione scolastica delle azioni dirette ed utili della cessione, per cui si dicea che il creditore potea prima cedere all' uno le azioni utili, poscia all' altro le azioni dirette (2).

Tolte però essendo presso di noi queste dispute mediante la chiara nozione della natura giuridica della cessione, dovrebbe prevalere l' anteriore convenzione. Non però in tutti i casi. Perchè abbiamo già detto superiormente coll' autorità delle leggi moderne e vigenti, come quella prima ricerca sarebbe prevenuta dalla seconda e dalla terza. Dicemmo cioè che sarebbe a preferirsi il secondo cessionario che pel primo si avesse fatto consegnare il documento unico, comprovante il credito ceduto, od avesse fatto annotare il suo diritto in calce al documento stesso (num 9): ovvero sarebbe a preferirsi sul primo quando egli stesso pel primo avesse praticato l'annotamento di subingresso in margine all'iscrizione assicuratrice del credito ceduto.

Circa l' anteriorità di diritto cagionata dall'anteriore tradizione del documento, la quale giustifica la buona fede del secondo cessionario, conviene anche Toullier, il quale pure s'argomenta dall'invincibile buona fede di costui, ed allega insieme gli articoli 1141, 1607 e 1609 del suo Codice civile, coi quali dice che all'acquisto della cosa mobile, alla cessione dei diritti e al pagamento sia necessaria la tradizione della cosa e dei titoli (3).

E Winiwarter annuisce a queste conclusioni anche nel conflitto tra cessionarj e suppegnatarj: perch' egli preferisce colui che avesse ottenuto un suppegno finchè non fosse avvenuta la tradizione o l'annotazione in prò dell' anteriore cessionario (4).

E vedemmo pure non discorde la giurisprudenza francese circa la priorità che consegue dalla priorità dell' annotamento in margine all' inscrizione ipotecaria.

Non però conviene circa l'influenza del terzo requisito della notifica da farsi al debitore. Ma nel successivo § LIV vedremo come sieno esagerate le sue opinioni, e come questa pratica non influisca sulla dubitata prevalenza delle contradditorie cessioni.

(1) De Olea, *de cession. jur.* tit. 6, quæ. 8, num. 4-7.

(2) Vedasi, oltre De Olea, Cencio, *de censib.* quæ. 68, n. 1, Salgado, *labyr. credit.* par. 1, cap. 10, num. 41-47, Brunneman, *de cedend. action.* cap. 5, num. 41, Johan. a Sande, *de act. cess.* cap. 12, n. 8, Christ. Lans, de *nomin. cess.* cap. 28, mem. 2, e 3, cap. 30, num. 5 e 6.

(3) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, chap. 5, num. 126.

(4) Winiwarter, *Dir. civ. aust.* vol. 2, § 139.

Supponiamo che ambedue i cessionarj avessero praticato l'annotamento nello stesso giorno. Quale dei due sarà da preferirsi? Nel primo caso non dubiterei di rispondere che sarebbe a preferirsi quegli, la cui cessione fosse anteriore. Poichè non potendo nè l'uno, nè l'altro valersi del principio della buona fede a scapito dell'avversario, rimarrebbe la deduzione pura e semplice del diritto formale: che dopo la prima cessione il cedente non poteva più cedere lo stesso credito ad altri.

Supponiamo ancora che non si potesse stabilire l'anteriorità del contratto. Distingueressimo: se l'una cessione fosse avvenuta per titolo gratuito, l'altra per titolo oneroso; e diressimo con Ulpiano: *in re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro* (1): minor male è sacrificare chi perderà nulla, che chi perderà qualche cosa: è questa pure una forma del principio pratico fondamentale della deduzione giuridica (2).

Supponiamo ancora che l'un cessionario avesse praticato l'annotamento di subingresso ipotecario, e l'altro si fosse accontentato della tradizione del documento creditorio. Quale dei due sarà a preferirsi? in ragione della maggior influenza dell'uno o dell'altra? Io credo che sia da preferirsi il posteriore cessionario di buona fede, cui fosse stata fatta la tradizione del documento autentico ed unico del credito; perchè l'inscrizione ipotecaria e l'annotamento marginale non conta senza la documentazione del credito personale: colla sola cessione del credito personale si acquista anche l'ipoteca accessoria. Ma da noi l'inscrizione non è la documentazione del credito. Il cessionario che praticò l'annotamento dovea avanti tutto assicurarsi il possesso del credito. Colla sola apparizione dell'inscrizione ipotecaria, non affetta da alcun vincolo, non poteva presumere che il creditore non avesse ancora ceduto il credito: come non poteva presumere che il credito inscritto fosse un vero credito (§ XLVIII).

15. *Quid juris* di due o più cessionarj d'un medesimo credito in parti distinte? se tutto il credito fosse esigibile non ci sarebbe quistione alcuna: perchè ciascuno otterrebbe la sua parte. Se ad uno fosse stata ceduta una parte maggiore di quella che rimanea, torneressimo alla quistione precedente, se cioè il credito fosse ceduto a diversi per la totalità; e dovremo allora decidere per questa rimanenza secondo i due principii, il formale del *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, e il pratico della buona fede invincibile.

Supponiamo che il cedente avesse distribuito giustamente il suo credito, ma tutti i cessionarj non potessero essere soddisfatti, perchè il credito fosse inesigibile in parte. A chi sarà per nuocere questa diminuzione effettiva? Se noi avremo riguardo al suddetto principio formale, risponderemo, che se le cessioni furono fatte in uno stesso momento, nessuno

(1) leg. 41, § 1, Dig. de reg. jur.

(2) Da noi sviluppato sotto il § XIV, num. 3 e 5.

dei cessionarii potendo vantare alcun diritto di preferenza sugli altri, e i diritti di ciascuno derivando dal medesimo fonte, tutti concorrerebbero, sì nell' utile, che nel danno, in proporzione della rispettiva quota (1). Se le cessioni furono fatte in epoche diverse, seguendo la deduzione dello stesso principio diremo che l'anteriore cessionario sarà per la sua quota intiera preferito al posteriore; perciocchè colla prima cessione essendo il creditore obbligato per legge (in quanto lo fosse) a guarentire al cessionario l' esigibilità della sua persona, al secondo non poteva cedere che quella utilità che sarebbe per risultare. Il primo cessionario della metà parte del credito nominale, avendo diritto alla sua realizzazione, dev' essere soddisfatto integralmente. Il secondo non ottiene che quella somma che rimanesse dappoi.

In questa conclusione convengono, avuto riguardo all' obbligo dell' esigibilità, e De Olea (2) e il nostro Chiesi (3): però con questa limitazione che l' obbligo stesso dell' esigibilità debba essere reale *cum hypotheca bonorum*: altrimenti il cessionario anteriore meriterebbe bensì d' essere preferito al cedente, non ai cessionarj, che sono terze persone non obbligate ai debiti personali del cedente: e non si può dire, soggiunge Chiesi, che essi sieno tenuti a rispettare il fatto del loro datore, appunto perchè la garanzia dell' esigibilità è un suo obbligo personale.

Noi non crediamo buona questa limitazione, e non la vediamo nemmeno accreditata presso Brunnemann (4) e Cencinio (5), che riferendo la dottrina di Olea, non tiene calcolo di quella opinione. Anzi Carl' Antonio De Luca la contraddice espressamente, e sostiene che il creditore, *quando cedit secundo, videatur cedere jura quæ habet contra debitorem, deducta tamen et detracta prima cessione, ac jure alteri creditori concesso; et sic tacite volitum ut primus cessionarius præferatur* (6). Così noi diremo che colla prima cessione non si è ceduto solamente il credito nominale; ma sì veramente il diritto creditorio in quanto sia efficace ed effettivo. Il diritto del cessionario all'esigibilità, come vuole Chiesi, non è un diritto distinto; ma il primo cessionario ha questo diritto perchè è cessionario, perchè ha acquistato il diritto ad avere una data somma. Se il cedente per la legge austriaca senz'altro, e secondo le altre legislazioni si trova obbligato per patto a garantire al primo cessionario l'esigibilità, questo patto, o in genere questo obbligo s' identifica colla cessione stessa; per la quale si può dire che il cedente ha trasmesso nel primo cessionario il diritto ad avere tutta la somma indicata nella tal frazione del credito nominale (7). È per questa ragione che nel caso in cui il cedente non

(1) M. Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 1. quæ. 11. num. 2.

(2) De Olea, *de cession. jur.* tit. 6, quæ. 8, num. 24-38.

(3) Chiesi, *sist. ipot.* num. 511 e 512.

(4) Brunneman, *de act. ced.* cap. 5, n. 39.

(5) Cencin, *addit. aur. ad De Oleæ* tit. 6, quæ. 8, num 24.

(6) Carol. Ant. De Luca, *spicileg. de cession.* quæst. 57, num 6.

(7) Troplong, *des priv. et hyp.* num 608, adotta questa conclusione senza distinguere

avesse garantita la esigibilità al primo cessionàrio, ma avesse ceduto al secondo *il credito residuo*, il sullodato Cencinio risponde: *is, cui residuum fuerit cessum, nihil amplius habebit, quam quod supererit post dimissum primum cessionarium* (1).

In qualche caso occorrerà che queste conclusioni, che deduciamo dal principio formale *del nemo plus juris* ecc., siano alterate per la coefficienza del principio pratico deduttivo dalla buona fede. Allora la priorità dalla data dei rispettivi contratti sarà prevenuta dalla anteriorità della tradizione dei documenti e dell'annotamento in margine all' inscrizione ipotecaria, siccome dissimo di sopra; e data questa prelazione, quel cessionario che sarà reputato anteriore, sarà l' ultimo a soffrire dell' inesigibilità soppravenuta.

16. È opinione volgare nella giurisprudenza che la cessione, per essere valida in diritto, debba essere accordata contemporaneamente al pagamento; la qual' opinione ebbe origine nelle leggi romane, le quali non stabilirono con deciso proposito che per il solo fatto del pagamento di quanto è dovuto al creditore, questi si ritenesse soddisfatto del suo diritto, e questo diritto si estinguesse per sempre. Se quegli che paga è lo stesso debitore, adempiendo a ciò che è suo dovere, null'altro può chiedere che la formale liberazione. Se quegli che paga non è obbligato al debito, od indirettamente interessato a soddisfarvi, e paga senz'altra condizione, intendevano che non avesse voluto far altro, fuorchè estinguere l'obbligazione del debitore: dimodochè estinto una volta il credito col pagamento, non poteva ulteriormente cedersi al pagatore (2).

Non per via diversa procede la giurisprudenza francese; la quale coll'articolo 1250 del Codice Napoleone dice che il subingresso convenzionale fatto dal creditore, che riceve il pagamento da una terza persona, deve essere espresso e contemporaneo al pagamento (3). E il motivo è l' identico: il pagamento puro e semplice estingue il credito: estinto non si può cedere (4).

La legge austriaca ha cangiato sistema. Perocchè ella ha stabilito nel

se il primo cessionario abbia diritto all' esigibilità della sua parziale cessione. È perciò erronea questa sua opinione, ed egli stesso allega de'giudicati contrarii.

(1) Cencinio, loc. cit. q. 8, ad num. 27, suo num. 29.

(2) Leg. 36, Dig. *de fidejussorib*, leg. 28, Dig. *mandati*, leg. 5, § 2, Dig. *qui. mod. pign. solo.*, leg 5, Dig. *de censibus*, leg. 1, Cod. *de contrar. judic. tutelæ*, leg. 11, Cod. *de fidejussor. et mandat.* leg. 5, Cod. *de solution*, leg. 7, Cod. *de privil. fisci.*

(3) A questo articolo corrispondono esattamente l' art. 1205, del Cod. napoletano, l' art. 650 del Cod. ticinese, l' art. 1340 del Cod. albertino, e l' art. 1303 del Cod. modenese. L' art. 1227 del Cod. parmense dice lo stesso colle parole: il terzo subentra per convenzione quando il creditore *nell' atto di ricevere il pagamento* lo surroga espressamente.

(4) Pothier, *obligations*. num. 500, Toullier, *droit civ* liv. 3, tit. 3, chap. 5, § 2, n. 102 e 138, Troplong. *des priv. et hyp.* num. 608, Gauthier, *subrogation*, num. 72, 73, 78 e 79, Sirey cita in proposito due giudicati: *jurispr.* tom. 12, par. 2, pag. 21 e 200.

§ 1338 del vigente Codice civile questo massimo aforismo: *chi paga i debiti di un'altro subentra nei diritti del creditore.* E per corollario immediato deduce nel § 1423 dello stesso Codice questo principio regolatore della proposta tesi: *se il creditore avrà accettato il pagamento del suo credito da un terzo, questi può anche dopo il fatto pagamento domandare la cessione del diritto competente al creditore.* Ma in questo momento noi siamo passati dal campo della cessione a quello della surroga. Senza conoscere questa non potressimo comprendere quella disposizione. Vediamo dunque cosa sia.

17. La surroga fu egregiamente definita dagli antichi colla denominazione di *cessio a lege* (1). In questa sua genesi morale sta tutta la sua ragione; indi proviene la sua speciale natura, che per molti riguardi si differenzia dalla cessione volontaria. Di questa abbiamo parlato sin qui, come dedotta dall'autorità giuridica del creditore, che può disporre a suo arbitrio del suo diritto, e ne dispone con un contratto sottomesso alle condizioni generali di ogni altra convenzione. Ma l'arbitrio del creditore non è assoluto, come ogni diritto individuale nell' estrinseca sua efficienza è modulato e corretto per il sistema delle necessità civili: sistema che traduce ad effetto il sovrano principio della coesistenza. Il creditore può disporre del suo diritto in quanto può economicamente e giuridicamente realizzarlo; economicamente col subingresso e col suppegno: giuridicamente coll' azione ipotecaria, della quale diremo nel Capo successivo. Ma nell' esercizio del suo diritto non può il creditore comportarsi verso chiunque con un arbitrio assoluto ed esclusivo di ogni riguardo. Egli ha diritto al pagamento senza dubbio. Ma quegli che paga può essere pur meritevole che gli si prestino delle agevolezze, che non si sacrifichi totalmente all' asprezza del suo diritto, ma si conciglino gli interessi opposti colla dovuta prudenza. Il creditore può esigere dal debitore o dal terzo possessore l'immediato pagamento. Ma vedremo in appresso come la legge ha saviamente protetto costoro dal precipizio delle rapide espropriazioni, ordendo un processo esecutivo, ove si potesse vendere la proprietà e realizzarne il valore nel modo meno dannoso all' espropriato. Al creditore interessa di ricuperare tantosto il suo capitale: e vedemmo come l' ideale d'ogni buon sistema ipotecario tende a facilitargli la realizzazione economica dei subingressi. Altre persone vi sono che soggiacciono al diritto del creditore, senza essere obbligate in proprio a tutto od a parte del debito, quali sono ancora il terzo possessore, i fidejussori e i correi: e qui veniamo a vedere come la legge abbia temperato il diritto del creditore in modo, che questi ricuperi da essi il suo credito, e insieme presti loro colla cessione o colla surroga nelle sue proprie ragioni un mezzo efficacissimo, affinchè essi alla lor volta ottengano dal

(1) De Olea, *de cession. jur.* tit. 1. quæ. 5, num. 2.

debitore originario o dagli altri coobbligati la restituzione di ciò che aveano anticipato del proprio. E in genere poi, quando alcuno è obbligato e si presta a pagare, o paga, od ha pagato un debito altrui, non si può ragionevolmente presumere ch'egli voglia semplicemente soddisfare all'interesse del creditore, trascurare l'interesse proprio e scialacquare il suo danaro; ma ben può pretendere piuttosto di aver acquistato lo stesso credito, succedendo nella condizione giuridica del dimesso creditore.

La legge con quel profondo sentimento d'equità che la sospinge nelle vie dell'incivilimento ad innalzare la giuridica dall'individualismo alle sfere più larghe e più pure dell'ordine morale, ha riconosciuto questo contrario interesse del pagatore, e l'ha opposto all'irrazionale arbitrio del creditore, in modo che l'uno e l'altro temperati coesistessero, e nei distinti rapporti ottenessero una completa soddisfazione. Quindi oppose all'antica aforistica: che il pagamento d'un debito altrui per sè solo non estingue l'anteriore rapporto di debito e credito: solo lo muta per la mutazione delle persone che subentrano nell'uno de' suoi due termini. Chi paga un debito di un altro, ripetiamo col §. 1358, subentra nei diritti del creditore, e può ripetere dal debitore il rimborso del debito pagato. Sussiste il debito, perchè il debitore non ha restituito ciò che ha ricevuto. Declinò il primo creditore, ma sorse al suo posto un secondo; il quale pagando colui, sostituisce alla sua la propria fiducia verso il debitore che resta. Egli ha dimesso il creditore; ma non ha liberato il debitore. Ciò ch'egli dà non è restituzione di ciò che apparteneva al creditore: il denaro del pagamento non è del debitore, ma è prezzo del diritto del creditore. Questa è la sua volontà, il suo intendimento diretto. In quanto è estraneo al rapporto del debito, in quanto paga un debito altrui, vi sia pur obbligato con una sua obbligazione accessoria, accontentando il creditore con esibirgli ciò che gli è dovuto, trovasi pur determinato da una causa morale di agire. La natura dell'uomo che aderisce tenacemente alle commodità della ricchezza, non lascia al legislatore l'arbitrio di credere, che chi si obbliga di pagare o paga un debito altrui voglia assolutamente rinunciare a' suoi beni. Obbligandosi o pagando si sostituisce al creditore, perciocchè egli stesso fa credito al comun debitore, diviene secondo creditore sopra un medesimo debito, un creditore di secondo ordine, che dimesso il primo, rimane al di lui posto.

Il principio generale predicato dalla legge austriaca sorge spontaneo dall'analisi del fatto del pagamento e della sua causa motiva. Ma per disavventura della giuridica il semplice e lo spontaneo non è di tutti i tempi e di tutti i luoghi. Intravviddero questo principio in alcuni casi l'antica e le forastiere legislazioni, e lo sancirono in alcuni particolari provvedimenti: non però lo salutarono nella sua attraente idealità generale.

18. Avevano introdotto gli autori del Diritto romano la *cessio a lege* a vantaggio del creditore ipotecario posteriore, che avesse voluto dimettere

l'antecedente creditore. Avvegnachè in quel tempo nessun' altro, fuorchè il primo creditore ipotecario poteva realizzare il suo diritto colla vendita del fondo ipotecato (1); e peggio ancora, siccome dopo che il fondo era stato venduto da colui a qualunque prezzo, il compratore era al coperto da ogni altra molestia ipotecaria (2), i susseguenti creditori aveano bisogno di provvedere all' indennità propria, e si provvedette loro concedendo il così detto *jus offerendi*, cioè il diritto di pagare e dimettere il primo creditore, e di subingredire perciò nella di lui ipoteca, e quindi nell'importante prerogativa della priorità: e questo subingresso ottenevano in virtù della legge, senza che fosse mestieri d'alcuna apposita convenzione (3). Quindi poterono fruire del proprio diritto, esercitandolo secondo il bisogno, ed impedendo una vendita precipitata per differirla a tempi e mercati migliori (4).

In nessun altro caso concedevasi la surroga per le leggi romane. Dumoulin aveva insegnato che la concedessero al condebitore solidale; ma fu contradetto da Pothier (5) e da Merlin (6), e con tutta ragione; perciocchè nessuna legge da esso lui allegata giustificava quell'asserzione. Ulpiano avea detto d' un contutore: *et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatæ sunt actiones, constitutum est a divo Pio, et ab imperatore nostro et divo patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam* (7). Ma cosa vuol dire questa azione utile? Veggasi cosa soggiunge lo stesso Ulpiano nel § successivo. *Plane, si ex dolo communi conventus præstiterit tutor, neque mandandæ sunt actiones, neque utilis competit, quia proprii delicti pœnam subit.* Nel caso che ambedue si fossero resi debitori nella commune amministrazione, e il primo tutore avesse pagato il debito, abbisognava per reagire contro l' altro o d'una formale cessione, e siccome questa non avvenne, *nec mandatæ sunt actiones*, facea mestieri che avesse d'altronde un rimedio di legge. Or l'equità sovveniva coll' azione utile; ma per dire che questa fosse derivata da una surroga legale, e fosse efficace per esempio colla virtù ipotecaria spettante al pupillo contro i terzi possessori e gli altri creditori ipotecarii dell'altro contutore, bisognava che Ulpiano si spiegasse assai più esplicitamente. Innumerevoli

(1) Leg. 8. Cod. *qui potiores in pignor.* Vedi il nostro § XLVII num. 1.

(2) Leg. 1. Cod. *si antiquior credit.* Leg. 3. Dig. *de distract. pignor.*

(3) Neguzant. *de pignor.* par. princ. 5 mem. 3 par. 1 n. 10. Fabro in Cod. lib. 8 tit. 9 def. 2. Mantica, *de tacit. et amb.* lib. 11, tit. 28. n. 8. Richeri. *Jurisprud. univ.* vol. 9. § 1606. Merlin, Repert. v. *subrogation des personnes*, sect. 2. § 3. n. 1.

(4) Questi due ultimi motivi doveano far necessario il *jus offerendi* anche dopo che fu abolito quel privilegio del primo creditore; come vedremo nel § LXIII checchè dica in contrario Chiesi, *sist. ipot.* num. 502.

(5) Pothier, *des obligations.* num. 280.

(6) Merlin, *Repert.* v. *subrogation des personnes* sect. 2 § 5 num. 1 Voet, *in pand. tit. de duobus reis.* num. 7. Chiesi, *sist. ipot.* num. 508, vol. 2. pag. 388 e segg.

(7) Leg. 1. § 13. Dig. *de tutelæ et rationibus distrahend.*

erano le azioni utili (1); ma da esse a quelle derivanti dalla cessione di legge ci aveva troppa distanza. Per sostenere l'azione utile bastava la replica di dolo (lo viddimo sotto il § XV num. 9). Nel caso proposto il primo tutore avria replicato al contutore: è pel tuo fatto, e per la tua colpa che io dovetti pagare. E in genere chi avesse pagato un debito altrui può ripetere dal debitore il fatto suo, appunto per questa replica; ma questa contingenza pratica non è identica a quella della surroga, perchè il pagatore con questa può agire col corredo delle azioni tutte che spettavano al creditore dimesso. Data questa diversità, l'opinione di Dumoulin non può sostenersi, nemmeno come lontanissima conghiettura; la quale sarebbe pur distrutta da molte altre leggi antiche. Così Modestino in questo medesimo caso rispose: *si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelæ debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint*, e quindi, per ciò che avvertimmo superiormente, fosse invalida la tardiva cessione, non rimarrebbe al pagatore alcuna surroga: *nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit* (2). I confidejussori tra di loro sono correi. E nemmeno tra di essi, secondo Modestino, si concedeva la surroga; *danda actio non est: ideoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cum alter electus a creditore totum exsolvet, nec ei cessæ sunt actiones, alter nec a creditore, nec a confidejussore convenietur* (3).

Colla stessa negativa aveva pur rescritto Alessandro Severo (4).

Nemmeno il terzo possessore, che aveva pagato il debito ipotecato senza riportarne una espressa cessione, non avea in antico la cessione di legge in tutte le ragioni del creditore, e quindi non poteva con esse reagire sopra altri fondi ipotecati sopra lo stesso credito (5). Però avea per questa causa il *jus retentionis*, che era, a vero dire, un cominciamento di surroga; perchè con esso conservava a proprio favore l'ipoteca dimessa per opporla alla concorrenza de' seguenti creditori ipotecarii. Gli antichi accettarono questa conclusione in un modo che non vedemmo nei loro scritti altra opinione più certa di questa (6). Se non che Troplong

(1) Pothier, e Chiesi, loc. cit. dicono che fosse l'azione utile *negotiorum gestorum*. Ma a me non sembra; perchè l'uno di più tutori non ha amministrato gli affari dell'altro; e questo è tanto più evidente nel caso che l'altro contutore avesse danneggiato il pupillo con una sua azione colpevole.

(2) Leg. 76. Dig. *de solution.*

(3) Leg. 39. Dig. *de fidejus. et mand.*

(4) Leg. 11. Cod. *de fidejus. et mand.*

(5) De Olea, *de cession. jur.* tit. 5. quæ 1. num. 9. Fabro, in Cod. lib. 8 tit. 9. def. 8 Richeri, *Jurisprud.* vol. 9. § 1612.

(6) La Glossa, Bartolo e Saliceto in leg. 3. Dig. *de distract. pign.* Balduin, *de pignor.* cap. 18. Neguzant. *de pignor.* par. 5 mom. 3. par. 1, n. 3. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11. tit. 29. n. 5. M. Merline, *de pignor.* lib. 4, tit. 2. quæ. 44. n. 8. Card. De Luca, *de cred. et debito*, disc. 2. n. 2-7. Gratian. *discept. for.* cap. 734. n. 18-19. Urceolo, *consult. for.* tom. 1. cap. 4. n. 4-9. Ansaldo, *de commerc.* disc. 86. n. 8. Mangilio, *de evictione*, quæ. 47. n. 18. Bachov. *de pignor.* lib. 4. cap. 16. n. 1. Pothier, *pand. qui potiores.* n. 7. Merlin, Report. v. *subrogation.* sect. 2. § 4. n. 2. Gauthier, *subrogation.* num. 267

sulle prime asserisce che allora si concedesse la surroga, come avviene nella moderna sua legislazione; e poi trovando contrario il Pothier, vi passa oltre colla massima indifferenza (1). Solo il nostro Chiesi si ferma nella stessa opinione e con maggior diligenza (2). È tuttavia la sua un'opinione erronea, la quale anche prima di lui fu difesa da altri; ma nell'esame delle leggi allegate non può sostenersi più a lungo. Imperocchè essi confondono con altri rimedii di diritto e la surroga di cui diciamo, e la *cessio a lege*, che vedemmo attribuita ai successivi creditori ipotecarii per la sola virtù di legge. Essi confondono eziandio questa surroga con quella che si diceva concedibile dal debitore stesso, e della quale pur noi parleremo nel § seguente, come in luogo più conveniente. E nelle leggi da essi allegate non viddero che il terzo possessore era appunto surrogato per questa causa volontaria. Nella legge 3. Cod. *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, questa specie di surroga era evidentemente presupposta. *Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis* ITA UT PRETIUM PERVENIRET *ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti: et contra eos qui inferius illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.* Il che significa: chi comperò un fondo col patto di dimettere col prezzo gli anteriori creditori, per questo patto medesimo ottiene quella che si disse la surroga del debitore: e come disse Saliceto, comentando quella legge: *emens a debitore rem alteri obligatam, cum pacto ut ex pretio solvatur creditori: pretio illi soluto, succedit in locum illius.* La stessa interpretazione ci diedero Mercuriale Merlino (3) e Pothier (4). Se il possessore si dice surrogato per un titolo convenzionale da parte del debitore, non si deve dire dunque che lo fosse direttamente dalla legge.

Nè si può dire che questa interpretazione sia sfuggita alla copiosa erudizione del signor Chiesi, il quale anzi nello spiegare questa legge prende occasione di parlare della surroga del debitore (5). Tuttavia egli non vidde come nel caso proposto fosse diversa l'una dall'altra specie di surroga. Nè in diverso modo si deve interpretare la legge 3. § 1, Dig. *qui potiores in pignore*, ove Papiniano, dicendo che il secondo creditore ha perduto ogni diritto ipotecario dopo che il primo creditore avesse venduto il fondo, soggiunge che potrebbe averlo ancor salvo, ed esercitare il *jus offerendi* contro il terzo possessore, il quale avesse comperato il fondo dal debitore stesso, *non interveniente creditore, ... ejusque pretium priori creditori solverit.* In questo luogo si suppone bensì che il possessore fosse subentrato nelle ragioni del primo creditore, ma solo in virtù d'una surroga concessagli dal debitore medesimo, perchè Papiniano soggiunge: *nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an*

(1) Troplong, *des prio. et hyp.* num. 358.
(2) Chiesi, *sist. ipot.* num. 505 e 506.
(3) M. Merlin, *de pignor.* lib. 4. tit. 2. quæ. 59. num. 2.
(4) Pothier, *pand.* tit. *qui potiores.* num. 7.
(5) Chiesi, loc. cit. vol. 2. pag. 375. e segg.

denuo pignori obliget. Quel possessore ha comperato dal debitore e non dal primo creditore; è subentrato nei diritti di questo, perchè il debitore gli ha concesso la surroga. Però questa proposizione non può essere evidente, se non si conosce come si praticava in antico questa surroga del debitore, che l'attuale nostra legislazione non contempla. Ed anticipando sulla materia del § seguente diremo, che questa surroga avveniva quando il debitore incombenzava un terzo di pagare il suo debito al creditore ipotecario, e gli costituiva un'ipoteca, col patto che questa avesse il grado di prelazione che spettava al creditore dimesso. Dal che si vede perchè Papiniano ponesse quell'alternativa: *debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget.* Nel caso proposto il debitore avria venduto e insieme ipotecato il fondo allo stesso compratore. Ma come potevasi dire, replichiamo, che l'avesse egli ipotecato al compratore, se questi avesse avuto dalla legge stessa la surroga nell'ipoteca del primo creditore?

E si noti ancora che in queste due leggi non si parla veramente d'una surroga efficace in ogni modo; ma o della surroga concessa dal debitore, o del semplice diritto di ritenzione, efficace soltanto sul fondo comperato, e non sulle altre ipoteche e ragioni spettanti al creditore dimesso. Il signor Chiesi pur l'ammette in riguardo all'ultima legge che abbiamo citata (1).

Si citò anche la legge 17 Dig. *qui potiores in pignore,* ove Paolo disse: *eum, qui a debitore suo prædium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.* Chiesi allegando questa legge non disse già che concedesse la surroga legale al possessore, ma il *jus retentionis* contro il secondo creditore (2). Eppure non possiamo concedergli nemmeno questo; perchè Paolo qui allude espressamente alla surroga dell'un creditore ipotecario nell'ipoteca del primo creditore, unica surroga legale conosciuta nelle leggi romane: *eum qui a debitore suo predium obligatum comparavit*; egli dice d'uno che certo divenne possessore: ma era tuttavia nella tesi proposta un creditore ipotecario. Non conclude adunque nella nostra quistione.

Non conclude di più la legge 12 § 1 Dig. *qui potiores in pignore,* nella quale anzichè la surroga, si concedeva il semplice diritto di ritenzione. Se un possessore stretto dall'esecuzione dimise il primo creditore, potrà egli, domandavasi a Marciano, opporsi al secondo creditore *perinde ac si soluta sit pecunia priori creditori.* E rispose: *et recte puto hoc admittendum esse.*

Il signor Chiesi vorrebbe sostenere che al terzo spettasse il *jus offerendi* e quindi la *cessio a lege,* perchè nella legge 12 § 1 Dig., *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur,* si disse che il possessore poteva

(1) Chiesi, loco cit. vol. 2. pag. 376 e 377.

(2) Chiesi, loc. cit. vol. 2. pag. 376, il quale adotta la stessa lezione di questa legge, che può esser dubbia. Però nella seg. pag. 384 vuole che importi la surroga nelle altre ipoteche.

sottrarsi all'azione ipotecaria coll'offrire il pagamento. La diversità di questo caso in cui il possessore offre e paga ciò che l'attore chiede, è ben diverso dal diritto che avevano i posteriori creditori di dimetterlo in ogni tempo (1). Oltrechè il giureconsulto, conchiudendo *neque enim debet quæri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur, soluto pignore*, non alludeva certo alla surroga: perchè non avrebbe detto che coll'offerta e col pagamento il pegno andava sciolto.

Rimane ad esaminare la legge 19 Dig. *qui potiores in pignore,* nella quale si pose che un creditore, *quum posset heredes convenire idoneos* (del debitor personale), *ad fundum venit;* e si domandava: *an si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere* Fu risposto: *posse videri non injustum postulare.* E noi rispondiamo alla nostra volta: se fosse vero che il possessore avea dalla legge la surroga: perchè mai costringere il creditore alla cessione? Replicherà taluno: questa è surroga, e non cessione: lo stesso § 1422 del Codice civile austriaco dice che il creditore non può ricusare di ricevere il pagamento da chi ha diritto di farlo, e *di cedere i suoi diritti* a costui; eppure questa non è una vera cessione, ma una surroga, perchè la volontà libera del creditore c'entra per nulla. Ma si osservi, che se il Codice austriaco ha trovato e consacrato il principio generale e genuino della surroga legale: non così fu fatto nel Diritto romano. In questo s'era presentito questo principio, ma non fu illustrato nella sua dignità universale. Al possessore concedevano le leggi antiche il *jus retentionis,* e la così detta eccezione o beneficio *cedendarum actionum.* Convenuto pel pagamento il possessore, domandava la cessione: il creditore non potea rifiutarla, perchè la sua ripulsa sarebbe stata qualificata per inonesta: il senso dell'equità induceva il giudice ad evadere l'azione ipotecaria imponendo al creditore per condizione che cedesse le sue azioni al reo. E non solo al possessore, ma alle altre persone coobbligate al debito ipotecario questo beneficio concedeasi, come vedremo or ora. Era questo un presentimento d'equità, che balenava nel cuore de' giudici nel contrasto del foro: ma non si era ancora fatto strada nella riflessione scientifica del legislatore. Era un cominciamento della surroga moderna, la quale richiedeva alcune condizioni che non abbisognavano nella vera *cessio legis:* tralle quali quella gravissima avvertita di sopra, che questa cessione giudiziale dovesse essere fatta prima del pagamento; ma non era ancora la surroga. Egli importa d'altronde all'induzione giuridica che si distinguano i diversi momenti del progresso operato nella legislazione; ed è giustizia che non si sfrondi della gloria meritata quella fralle moderne legislazioni, che avesse coronata l'opera faticosa di molti secoli.

Però nel togliere al Diritto romano il merito d'invenzioni non sue,

(1) Vedremo in proposito nel seguente § LXIII una grave differenza tra il diritto antico e il moderno.

non permetteremo che lo si deturpi di contraddizioni, che gli si appuntano falsamente. Non è meraviglia però se il presidente Fabro (1), arrischiato oltremodo nelle sue opinioni, e Richeri (2) soverchiamente ligio a costui, e Troplong (3) e Gaulhier (4) sulle loro pedate abbiano creduto che gli antichi peccassero d'inconsegnenza nel niegare la cessione di legge nel credito ipotecario al possessore, e nel concederla a qualunque persona che avesse dimesso un creditore munito d'un privilegio personale; perciocchè quest'ultima asserzione è meramente supposta, anche secondo il parere di Toullier (5) e Merlin (6). Moltissime leggi attestano che in questo caso fosse necessaria una cessione od una surroga per parte del debitore (7), e le leggi addotte da coloro non impugnano questa asserzione. Difatti nella legge 24 § 3 Dig. *de rebus auctoritate judicis possidendis*, Ulpiano dice: colui, i danari del quale pervennero nelle mani del creditor privilegiato, ottiene una prelazione. Indi analizzando i modi diversi coi quali questo danaro pervenne al creditore, e ponendone due: l'uno diretto, cioè quando il sovventore paga direttamente al creditore, l'altro indiretto, quando paga per le mani del debitore: in proposito di questo secondo modo soggiunge domandando se il debitore può tardare alquanto a consegnare a colui il danaro ricevuto. Epperchè questa domanda? Perchè qui allude alla surroga conceduta dal debitore; alla quale in proposito di crediti privilegiati allude pure nella legge 2 Dig. *de cessione bonorum*, nella quale leggiamo: *personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt* (8). Abbiamo veduto ancora nella legge 76 Dig. *de solutionibus* che colui, il quale avesse pagato ciò che era dovuto dal tutore per ragione della tutela, se le azioni *post aliquod intervallum cessæ sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit*. Il credito del minore al tempo di Modestino e d'Ulpiano era un credito personale privilegiato, non già ipotecario: perchè l'ipoteca legale del minore non fu introdotta che molto tempo dopo, poco prima cioè di Teodosio e di Costantino, come si argomenta dalle sole due leggi regolatrici di essa che si conoscono: cioè la legge unica del Codice nel titolo *rem alienam gerend.* e la legge 20 Cod. *de administratione tutor.* Se questo credito privilegiato non si potea acquistare dal terzo dopo il pagamento, non ci poteva essere una vera surroga di legge.

(1) Fabro, In Codic. lib. 8. tit. 9 def. 1.

(2) Richeri, *Jurisp. univ.* vol. 9 § 1609 e 1610.

(3) Troplong, *des priv. hyp.* num. 353.

(4) Gauthier *subrogation*, num. 27 e 139.

(5) Toullier, *droit civ.* liv. 3. tit. 3. ch. 5. n. 158.

(6) Merlin, Report. *subrogation des personnes*, sez. 2. § 3.

(7) Leg. 36 Dig. *de fidejussoribus*. Leg. 28 Dig. *mandati*. leg 5 § 2 Dig. *quib. mod. pign. solv.* leg. 5 Dig. *de censibus*. leg. 7 Cod. *de privil. fisc.* leg. 1 Cod. *de contrar. jud. tutelæ*. leg. 11 Cod. *de fidejuss. et mandat.* leg. 5 Cod. *de solutionib.*

(8) Lo stesso Troplong nel num. 354 bis vede pure che qui si tratta d'una surroga concessa dal debitore.

19. Il beneficio *cedendarum actionum* era concesso in antico non solo al terzo possessore convenuto coll'azione ipotecaria, ma a tutte persone che per causa di una obbligazione accessoria al debito principale, o perchè coobbligate al medesimo erano convenute dal creditore. Offerivano esse il pagamento del debito e insieme chiedevano la cessione delle ragioni tutte appartenenti al creditore, sia cioè delle azioni reali che delle personali. Così l'otteneva il fidejussore per reagire contro il debitore, gli altri fidejussori o i possessori dello stabile ipotecato allo stesso debito; e nel caso che il creditore si rifiutasse potea pure colui rifiutarsi al pagamento (1). Di questa eccezione fa parola Modestino in riguardo ai mandatori: *si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum judicati conveniri cœperit, posse eum desiderare ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur* (2). E Giuliano aveva attestato *fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina* (3). *Cum is, qui reum et fidejussores habens*, aggiunse Paolo, *ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia præstat actiones: poterit quidem dici nullas jam esse; cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad idipsum ut præstet actiones* (4). In questa legge si vede nettamente la transizione tra la cessione e la surroga: perchè richiede bensì che contemporaneamente al pagamento il fidejussore dimandi la cessione, ma pur riconosce che il solo pagamento per sè medesimo non è un fatto sufficiente ad estinguere il credito: *non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit*. Riconoscevano gli antichi che al fidejussore, all'atto del pagamento, interessasse di avere la surroga; ma volevano che questo suo interesse fosse espresso con una speciale determinazione, con un patto formale. Ma qual bisogno ci avea d'una legge convenzionale, quando la legge naturale del tornaconto avea un impero indubitato sull'animo del pagatore? come pure Alessandro Severo avea rescritto al confidejussore: *potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur: et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti potueris* (5).

Era troppo ovvio che il fidejussore desiderasse l'indennità propria: poteva ottenerla coll'eccezione *cedendarum;* ma il creditore era costretto a cedere per l'equità del giudice (6); questa era determinata dall'inte-

(1) Horiogio, *de fidejussor.* cap. 27. par. 3. Dyon. Gottofredo, in leg. 17. Dig. *de fidejussor. et mandat.* nota 45. De Olea, *de cess. jur.* lit. 5. quæ. 2. num. 26. Chiesi, *sist. ipot.* num. 508. Vedremo più avanti gli effetti di questa eccezione, num. 25-29.

(2) Leg. 41 § 1. Dig. *de fidejussor. et mandat.*

(3) Leg. 17. Dig. eod. lit. Vedi anche la leg. 39. Dig. *de fidejussoribus.*

(4) Leg. 36. Dig. *de fidejussor.*

(5) Leg. 11. Cod. *de fidejuss. et mandat.*

(6) Neguzant. *de pignor.* par. 5. mem. 3. num. 30.

resse del pagatore. Non era forse meglio evitare questo circolo dialettico col sancire il principio franco e generale della surroga, e provvedere con essa al pagatore incauto ed inesperto?

Questa pratica fu estesa anche ai *correi debendi*, secondo che vedemmo superiormente dei contutori, ed insegnava Brunneman: *qui ob alienam culpam, vel rem amissam et a tertio possessam condemnantur justam ob causam, hi possunt petere ut actor sibi actionem cedat, quam habet contra principalem, cujus nomine condemnantur* (1).

Nel numero dei correi ci possono essere anche i coeredi, de' quali vedremo in avanti.

20. Il Codice civile francese ha operato, per ciò che spetta alla surroga, un grande progresso sul Diritto romano; ma non giunse ancora allo stadio cui si trova pervenuta la legislazione austriaca. Conservò dell'antico la surroga legale a vantaggio di colui, che essendo egli stesso creditore, ha diritto di essergli preferito in ragione de' suoi privilegi e delle sue ipoteche. Questa è la disposizione del primo alinea dell'articolo 1251 del suddetto Codice; della quale tratteremo in maggiori dettagli nel § LXIII del seguente Capo, ove parliamo dell'azione ipotecaria. La stessa legislazione ha poi progredito collo stabilire la surroga legale nei casi in cui per l'antico Diritto non si avea che il beneficio *cedendarum*. Imperocchè nello stesso articolo 1251 il Codice Napoleone la concede: — a vantaggio dell'acquirente d'un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori, a favore dei quali il fondo era ipotecato; — a vantaggio di colui, che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo; — a vantaggio dell'erede beneficiario, che ha pagato con i proprii danari i debiti ereditarj.

Fuori di questi casi e di queste persone, la surroga legale non ha alcun'altra applicazione: e ben dovea meritarla, come vedremo nella seguente trattazione.

I Codici italiani ricalcati sul Codice Napoleone si fermarono tutti press'a poco nel medesimo stadio progressivo. Il Codice civile delle due Sicilie riproduce letteralmente nell'articolo 1204 l'intiero articolo 1251 del Codice francese. Il Codice civile di Parma, che in molta parte s'è avvantaggiato del Codice civile austriaco, in questo argomento vidde l'ottimo e seguì il peggiore. Perchè nell'articolo 1226 stabilì: che chi paga il debito altrui non subentra nei diritti del creditore, se non in forza di convenzione, o per disposizione di legge. E nell'articolo 1228 dispose, che per disposizione di legge subentrano nei diritti del creditore precisamente quelle persone e in quei casi che sono contemplati dall'articolo 1251 del Codice Napoleone, e non altro.

(1) Brunneman, *de cess. action.* cap. 3. num. 17. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 27. def. 14. Pothier, *obligation.* n. 556. Gauthier, *subrogation*, n. 9. Chiesi, *sist ipot.* num. 308.

Quest'ultimo articolo è poi copiato letteralmente nell'articolo 631 del Codice civile del Canton Ticino. Fu pure copiato letteralmente nell'articolo 1341 del Codice civile di Piemonte: plagio codesto che ci colpisce di profonda meraviglia. Conciosiachè nelle non antiche Costituzioni il re Carlo Emmanuele avesse consecrato quasi in tutta la sua purezza il principio generale della surroga con queste preziose parole: « chiunque co' suoi proprii danari pagherà un creditore di consenso del debitore, s'intenderà subentrato nel luogo e nella ragione dello stesso creditore, ancorchè ciò non fosse detto o stipulato, e che non fosse seguita cessione alcuna, ed ancorchè chi paga non si trovasse in possesso della cosa; e detto subingresso avrà anche il suo effetto tanto contro li fidejussori del debitore ed altri coobbligati, quanto a favore dei medesimi, qualora da essi fosse fatto il pagamento, come opererebbe un'espressa cessione di ragioni, purchè ciò giammai non rifletta in odio del creditore medesimo per l'anteriorità della parte del credito, che ancora rimanesse; dovrà bensì chi così paga far esprimere nella quitanza, che lo sborso si fa del di lui danaro; altrimenti s'intenderà che egli segua unicamente la fede del debitore (1) ».

Questo articolo vale ben più di tutte le leggi francesi che regolano questa materia: perchè in poche parole viene in ajuto non solo del possessore e dei coobbligati, ma di tutti i terzi che volessero col consenso del debitore dimettere il creditore. Veggasi dunque qual trista opera avessero fatto i compilatori del Codice albertino col dimenticare la sapienza nazionale per una cieca deferenza alle cose straniere.

All'art. 1251 del Codice Napoleone corrisponde pure l'articolo 186 della legge ipotecaria di Toscana con poco diverse espressioni. Anzi nell'articolo 189 si aggiunge che, fuori dei casi ivi contemplati, non compete subingresso quando non sia stato convenuto espressamente dalle parti.

Anche il Codice civile di Modena nell'articolo 1306 s'avanzò col Diritto francese, ma lo interpreta col limitare la surroga dell'acquirente all'immobile acquistato. La qual surroga in fin di fine si traduce nel semplice diritto di ritenzione degli antichi.

Queste limitazioni furono, com'è naturale, esagerate nella consecutiva giurisprudenza; perchè i più gravi giureconsulti, tra i quali Toullier (2), e molti altri, come vedremo in appresso, non solo non viddero la ragione ideale ed ultima di queste surroghe speciali, ma qualificarono la surroga in generale, come una prerogativa odiosa e da interpretarsi a malincuore, e non mai fuori de' casi espressamente contemplati dalla legge.

21. La esposizione dei sistemi parziali della surroga accreditati presso le altre legislazioni mette in vantaggioso rilievo quello della legge au-

(1) Costituz. piemont. lib. 3. tit. 16. art. 7.
(2) Toullier, *droit civ.* liv. 3. cap. 3. num. 139 Chiesi, *sist. ipot.* n. 507. vol. 2 pag. 384. Gauthier, *subrogat.* n. 221.

striaca; perocchè essa, oltrechè nel § 1358 del Codice civile professa il principio generale che *chi paga i debiti di un altro subentra nei diritti del creditore,* aggiungo alcune disposizioni accessorie, le quali completano la sua pratica deduzione. Nuovissimo è questo principio nella sua forma logica, ma non nuovo nel suo contenuto. Lo applicarono gli antichi imperfettamente, ed assai più decisamente i moderni in riguardo ai susseguenti creditori ipotecarj, al terzo possessore dello stabile ipotecato, ed allo persone coobbligate allo stesso credito; ma si fermarono in questi casi, e non vollero concessa la surrogazione in tutti gli altri casi e a tutte le altre persone, che avessero pagato senza ottenere contemporaneamente la cessione contrattuale. Eppure non si poteva concepire la necessità giuridica di questi parziali provvedimenti, se non si risaliva al loro principio comune; per cui, chi paga un debito altrui sostituisce naturalmente sè stesso nel luogo del creditore dimesso, e il rapporto creditorio anteriore rimane intatto a suo beneficio. Chi si spoglia d'una sua facoltà economica non lo fa coll'animo di perdere, ma più spesso coll'intendimento di fare a credito. Chi paga non fa credito al creditore dimesso, ma al debitore; non però direttamente, ma acquistando il diritto del creditore dimesso, e succedendo in suo luogo e nelle sue medesime ragioni. Il possessore, il fidejussore e il correo solidale pagando al creditore non prestano spontaneamente il loro danaro, ma lo danno perchè costretti dal precedente loro obbligo accessorio. Essi hanno interesse senza dubbio alla surroga; ma tutti i pagatori l'hanno: e l'hanno di più coloro che pagano non costretti, e pagando devono avere un motivo impellente, e questo dev'essere la fiducia di ricuperare ciò che danno, e di ricuperarlo in ogni miglior modo: quindi colla surrogazione. L'illustre Merlin non vidde certo nè il principio, nè questa sua deduzione, quando scrisse: che un creditore ipotecario, pagando quelli che lo precedono, non può avere altra intenzione che di conservare il comune oggetto del pegno e d'impedire le spese d'un giudizio d'espropriazione; ma la persona estranea pagando i creditori s'immischia negli affari altrui, e non può aver altro scopo che di far cosa grata al debitore. Il creditore ipotecario dimette l'altro pel proprio interesse: l'estraneo, paga per un altro (1). Ma bisognerà bene che si dica che le donazioni sconsiderate sono la regola comune: l'economia e la prudenza, l'eccezione: che di regola quando si dà, si doni; e che le operazioni di credito sieno tutte fatte per l'esclusivo interesse del beneficato.

22. La surroga si acquista adunque per legge col semplice fatto del pagamento d'un debito altrui: e per essa il surrogato subentra nei diritti che il creditore ha verso il debitore. In questo riguardo il surrogato non si differenzia punto dal cessionario (2).

(1) Merlin, *Repert.* v. *subrogation des personnes*, sect. 2, § 3, n. 1.

(2) Così fu giudicato dall'Appello veneto con sentenza 1 agosto 1830, confermata in terza istanza. Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia, an. 5, num. 1.

La surroga, come la cessione, è perfetta col solo titolo, e, per la tutela dei terzi di buona fede, o per la difesa dalla malafede altrui, dev'essere come la cessione accompagnata dalle stesse formalità estrinseche. Differisce poi grandemente dalla cessione ne' rapporti tra il creditore e il surrogato, e talvolta anche in confronto ai terzi, in riguardo agli effetti che ne conseguono. Ma per conoscere di queste cose dobbiamo prima cercare e classificare i casi nei quali la surroga si domanda e si ottiene, per vedere in ciascun genere di essi quando e come possa il terzo ottenerla, cosa debba ottenere insieme ad essa, e in qual modo e con quali limitazioni possa adoperarla allo scopo di ricuperare ciò che ha speso nel pagamento dell'altrui debito.

Questi casi ci si presentano naturalmente in tre classi distinte. Nella prima si radunano quelli, ne'quali alcuno può esercitare il *jus offerendi*, ossia può costringere il creditore a ricevere il pagamento di ciò che gli è dovuto, ed a prestargli tutto ciò che è necessario all'efficacia della surroga.

Nella seconda si veggono quelle persone, le quali essendo convenute in giudizio dal creditore per un debito altrui, possono opporre la eccezione *cedendarum*, ossia domandare contemporaneamente la surroga nel credito, e tutti i mezzi necessarii ad esercitarla.

Nella terza si comprendono tutti gli altri casi, nei quali, avendo alcuno pagato un debito altrui, può in processo di tempo ripetere dal creditore la prestazione dei mezzi, che dicemmo necessarii all'esercizio della surroga legale.

Discorreremo in ciascuna classe della virtù di questo diritto ad avere la surroga ne' rapporti col creditore, indi de' suoi effetti conseguenti in rapporto coi terzi, e collo stesso creditore.

23. Le persone che possono costringere il creditore a ricevere il pagamento, e nello stesso atto a fornire loro tutti i mezzi dimostrativi e conservativi della surroga, sono in primo luogo i creditori aventi ipoteca su quel medesimo fondo, che è obbligato verso di lui: in secondo luogo tutte quelle persone, le quali avessero avuto l'autorizzazione dal debitore a pagarlo, quand'egli pure vi avesse avuto diritto. I creditori aventi un'ipoteca sul medesimo fondo, e il terzo possessore di questo, hanno occasione e interesse di offrire il pagamento *(jus offerendi)*, e quindi conseguono il beneficio della surroga, quando il creditore da dimettersi avesse domandata o la vendita o l'assegno giudiziale del fondo. Però abbiamo già detto di voler trattare di questo diritto, come d'un momento speciale della procedura ipotecaria; quindi rimandiamo il lettore al § LXIII. La seconda conclusione discende dal § 1422 del Codice civile, ove si legge: « se un terzo col consenso del debitore può e vuole in sua vece pagare secondo l'obbligo contratto, il creditore non può ricusare di ricevere il pagamento, e di cedere i suoi diritti a chi lo fa ». E nel § 1423 è sog-

giunto: « non può di regola senza il consenso del debitore costringersi da un terzo il creditore a ricevere il pagamento ec.

Vedemmo nel Diritto romano riservato il *jus offerendi* e la cessione di legge solamente ai creditori ipotecarj posteriori, non alle altre persone. E diffatti leggiamo presso Accursio: *in secundo casu, quando scilicet* EXTRANEUS *solvit, necesse est apponi pactum ut primi loco succedat* (1). Se l'estraneo avea bisogno d'una cessione espressa, è chiaro che non avea la surroga legale. Secondo Neguzanzio nemmeno il creditor chirografario poteva costringere il creditore ipotecario ad accettare il pagamento di quanto gli è dovuto, *ad effectum impetrandi cessionem* (2). Anche De Olea statuiva: *estraneus cujus pecunia simpliciter anterior creditor dimittitur, in jus pignoris non succedit.... sed solum adversus debitorem actionem negotiorum gestorum habet* (3). E il Voel: *illud quidem haud eundum inficias, extraneum qui pro debitore sponte sua debitum alienum offert creditori, non jure desiderare jus obligationis in se transferri* (4). Questi ed altri giureconsulti (5) facevano fondamento specialmente sulla legge 5 del Codice, *de solutionibus*, ove Gordiano rescriveva: *nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest eo quod ei debitam quantitatem offerens, jus obligationis in te transferri desideras: cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio.*

Era disputabile se il fidejussore potesse costringere il creditore alla dimissione. L'asseriva Mercuriale Merlino con altri (6); ma in nessun testo preciso di legge sostenevasi il suo dire (7).

Cionondimeno il Diritto romano avea provveduto al debitore, dandogli facoltà di surrogare il terzo sovventore nel grado ipotecario del creditore che gli interessava di dimettere: e questo egli poteva fare concedendo al sovventore un'ipoteca sul fondo medesimo obbligato a colui, con un grado simile al suo. Ma della possibilità giuridica di questo provvedimento vedremo nel successivo §: perciocchè non lo crediamo una forma di subingresso nel credito ipotecario, ma solo nel grado di una data ipoteca.

Il principio della legge austriaca, che accorda al terzo il diritto di offrire il pagamento, e quindi la surroga quando il debitore avesse diritto

(1) In leg. Aristo. 3, Dig. *qui potiores in pign.* così Baldo e Salyceto, in leg. 5, Cod. *de solutionib.*

(2) Neguzant. *de pign.* par. 5 mem. 3 par. 1 n. 6. M. Merlin. *de pign.* lib. 4 tit. 2 quæ. 76 n. 12-15.

(3) De Olea *de cessione jurium*, tit. 4 quæst. 1 num. 18.

(4) Voel *in pand. qui potiores in pignore* num. 5 in fine.

(5) Dion Gottofredo in Aristo, nota 13. Pothier, *pand.* lil. *qui potiores in pignore*, num. VI-VIII. Richeri, *jurisp. univ.* vol. 9 § 1610. Fabro, in Cod. lib. 8 tit. 9 def. 2 et 5. Baldnin, *de pignor.* cap. 19 in med. Struvio *syntagm.* tit. *qui potiores*, thes. 34. Pothier, *obligation.* num. 556.

(6) Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 2, quæ. 70, n. 10, con Neguzanzio, *de pignor.* par. 5, mem. 3 n. 3, Uberto de Bobio e Dino in leg. *fidejussoribus*. 17, Dig. *de fidejussor.*

(7) Hotoman, *in Dig. de distract. pign.*

e volontà di dimettere il creditore, non fu riconosciuto, come dissimo, in altre leggi che nelle Costituzioni regie di Piemonte.

Nella legislazione francese moderna si concede il *jus offerendi* e quindi la surroga legale al creditore in riguardo all'altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione de' suoi privilegi ed ipoteche: come viddimo colla citazione dell'art. 1251 del Codice Napoleone. La stessa limitata disposizione trovammo adottata in Piemonte, nel ducato di Parma, in quello di Modena, nel Canton Ticino e nel regno delle due Sicilie. Nella legge ipotecaria di Toscana (art. 186) si limita ulteriormente quella prescrizione, in questo che il solo creditore ipotecario, e non già qualunque creditore chirografario può offrire il pagamento ed ottenere la surroga: confermando a questo modo la teorica romana della *cessio a lege* e troncando una gravissima quistione che si agita in proposito presso gli scrittori francesi. Imperocchè Merlin (1), Toullier (2), Gauthier (3), Troplong (4) e Chiesi (5) sono d'avviso che quel diritto spetti eziandio al creditore chirografario; Grenier (6) all'incontro sostenne con Favard de Langlade (7) che solo al creditore ipotecario sia dato d'esercitarlo.

Non diremo noi qui quale sia l'opinione preferibile, dovendoci spiegare in altro luogo più acconcio (§ LXIII).

Però anche nel Diritto francese, e nelle legislazioni italiane che l'imitarono, fu provveduto all'interesse del debitore concedendogli di liberarsi da un creditore ipotecario molesto, col surrogare in suo luogo un terzo sovventore, come vedremo in seguito.

84. Vediamo ora delle persone, le quali sono costrette a pagare il debito altrui, e prima di pagare vogliono assicurarsi del loro indennizzo. Possono essere costretti a pagare il fidejussore semplice o solidale, il mandatore, ossia quegli per la cui commissione il creditore sovvenne al debitore, il correo, il terzo possessore per rispetto al fondo ipotecato, e l'erede beneficiario, in quanto sia tenuto oltre la sua porzione in riguardo ai coeredi. In quanto pagano un debito altrui, hanno diritto alla surroga. Essi hanno bensì un debito proprio; ma diversi sono i loro rapporti verso il creditore, e verso il debitore originario e il condebitore. Nei rapporti col primo, pagando, estinguono ogni loro debito accessorio o parziale. Nei rapporti col secondo, pagando, non estinguono il credito, ma vi subentrano. L'obbligo di chi ha pagato è affatto distinto da quello dell'originario o parziale debitore che non ha pagato. Distinto, perchè accessorio è quello del fidejussore, e più ancora quello del possessore, non veramente obbligato, ma interessato alla dimissione del credito che af-

(1) Merlin, *Repert.* v. *subrogation des personnes*, sect. 2, § 5, n. 5.
(2) Toullier, *droit. civ.* tom. 7, n. 140.
(3) Gauthier, *subrogation*, n. 225-227.
(4) Troplong, *des priv. et hyp* n. 356,
(5) Chiesi, *sist. ipot.* num. 530.
(6) Grenier, *hyp.* num. 91.
(7) Favard de Langlade, *Repert.* v *subrogation*. § 2, n. 2.

fetta e vizia la proprietà sua. Egualmente distinti sono quelli del correo solidale e dell'erede beneficiario: perchè nei rapporti coll'altro correo e col coerede non sarebbero debitori che d'una porzione sola del debito.

Così in riguardo al creditore essi hanno questa doppia rappresentanza giuridica: di debitori personali o reali per la totalità del debito verso di lui: e di estranei in tutto o in una parte del debito per l'intendimento della surroga. Perciò essi hanno contemporaneamente il dovere di pagare, e il diritto alla surroga nella parte del debito, nella quale sono persone estranee.

In conseguenza di quel loro obbligo soggiacciono all'azione del creditore: ma possono opporre a modo d'eccezione quel loro contemporaneo diritto; laonde gli antichi dissero: competere ad essi l'*exceptio cedendarum actionum*; con questa differenza che presso gli antichi questa eccezione era necessaria ad ottenere la surroga e i mezzi necessarii a farla valere; ma presso di noi, siccome la legge stessa è quella che concede la surroga al pagatore d'un debito altrui, così questa eccezione non tende ad altro che a procurare i mezzi necessarii od acconci alla utilità della surroga stessa. Però quest'eccezione non tende solo a procacciare tutti questi mezzi, ma anche a difendere il convenuto nel caso che non fosse possibile od utile la prestazione della surroga o de'suoi mezzi per colpa del creditore. E noi dovremo dire eziandio dell'effetto di questa surroga in confronto ai terzi.

Per procedere senza ambagi, e per distinguere nettamente le particolari emergenze, distinguiamo i diversi rapporti che possono nascere secondo le diverse persone che possono dar mano a questa eccezione.

25. Il § 1358 del Codice civile austriaco, nel capo primo della parte terza del medesimo, ove si regola la fidejussione, importa a beneficio del fidejussore e di qualunque pagatore d'un debito altrui questa eccezione *cedendarum*. « Chi paga un debito di un altro, vi si legge, subentra nei diritti del creditore, e può ripetere dal debitore il rimborso del debito pagato. *A questo fine il creditore soddisfatto è tenuto di consegnare a quello che ha pagato tutti i mezzi che vi fossero atti a sostenere il diritto o ad assicurarlo* ».

Nel luogo, ove parlammo de'requisiti necessarii alla validità estrinseca della cessione, dicemmo: dovere il cessionario procurarsi i documenti giustificativi del credito ceduto, e il titolo speciale della cessione: curare la conservazione dell'inscrizione ipotecaria del credito stesso; praticare l'annotamento in margine alla medesima, e notificare la cessione stessa al debitore. Così il fidejussore surrogato dalla legge pel fatto del pagamento, deve farsi conseguare tutti i mezzi che vi fossero atti a sostenere il credito pagato e ad assicurarlo. Deve quindi farsi rilasciare una quitanza del suo pagamento, con una data certa, affinchè non sia impugnata dai terzi, con una forma autentica, perchè non si possa dubitare della veracità

del suo contenuto: deve aver cura che vi si indichi d'aver pagato con danari od effetti proprii e pel proprio interesse, affinchè si escluda che avesse pagato per nome ed interesse del debitore, e quindi si fosse totalmente estinto il debito. Deve farsi consegnare i documenti giustificativi del credito dimesso, onde possa esercitarlo contro i terzi. Deve provvedere che l'inscrizione assicuratrice del credito medesimo si conservi, per mantenerne la realità e la priorità contro chiunque. Deve praticare un apposito annotamento della sua surroga, per impedire la concorrenza degli ulteriori cessionarj o surrogati o suppegnatarj di buona fede, od impedire la cancellazione domandata a sua insaputa. Deve infine, come vedremo dappoi, notificare la surroga al debitore, perchè questi, conoscendola, sia impedito dal pagare il suo debito all'originario creditore.

L'intendimento di questa surroga è di porre il fidejussore nella condizione del creditore dimesso, affinchè possa esercitare le sue ragioni contro il debitore, o gli altri fidejussori coobbligati, e contro i terzi detentori degli stabili ipotecati al credito dimesso. Però non si confondano queste ragioni d'acquistarsi da parte del debitore, colle ragioni proprie del pagatore; perchè il fidejussore, se s'interpose per mandato del debitore, ha un'azione propria di regresso contro di colui, per causa del mandato, a sensi del § 1014 del Codice civile (1). *Fidejubendo enim et solvendo*, osservava Heringio, *non gerit negotium proprium sed principalis debitoris* (2). Così non si confondano le azioni, nelle quali deve essere surrogato, con quelle che il fidejussore ha di regresso contro gli altri fidejussori dello stesso debito; perchè il § 1359 del Codice civile troncando una questione agitata tra gli antichi (3), dispose che, se alcuno dei fidejussori paga tutto il debito, ha questi come un condebitore il diritto di regresso verso gli altri. E del condebitore stabilisce nel § 896 che, anche indipendentemente dalla cessione ha diritto di pretendere dagli altri condebitori il rimborso, come vedremo meglio in avanti.

Ma non sempre queste azioni di regresso sono proficue, come nel caso che il debitore o i confidejussori fossero insolventi od oberati.

Ha quindi bisogno del suo diritto alla surroga ed ai mezzi conservativi ed assicurativi della medesima, in quanto può con essi ottenere più efficacemente il rimborso: e questo suo diritto è materia d'una eccezione, alla quale se non adempie il creditore, ha l'effetto di elidere la sua azione. Così avveniva, dicemmo nel Diritto romano. *Qui prorsus alienam suscepit obligationem, quam sive sponte, sive coactus nomine suo solvat, non sine ratione desiderat jura creditoris sibi cedi, ut eis possit adversus debitorem vel confidejussores experiri* (4). E questa surroga comprendeva

(1) Così pel Diritto romano: leg. 2, § 1, e leg. 20, Dig. *mandati*, leg. 4, in princ. Dig. *de fidejussor.*

(2) *Hering, de fidejussor.* cap. 25, n. 8.

(3) Che puossi vedere presso Lenz, *de nominib. cess.* cap. 7, mem. 1, num. 29 e seg. Heringio, ibid. cap. 27, par. 3, n. 10 e seg. Fabro, *conject.* lib. 11, cap. 14 e 15, e De Olea, *de cess. jur*, tit. 3, q. 2, n. 37.

(4) De Olea, *de cess. jur.* tit. 3, quæ. 1, num. 20, e quæ. 2, num. 45.

i pegni accessorii al credito, perchè ad essi pure s'estendevano le ragioni ed azioni del creditore dimesso (1); il quale, secondo Paolo, *tenetur ad idipsum ut præstet actiones* (2): e perchè scrisse Giuliano: *fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina* (3): e in altro luogo soggiunse: *si mandatu meo Titio decem credideris, ut mecum mandati egeris, non liberabitur Titius; sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi præstiteris* (4).

Non basterebbe quindi, insegnava il succitato Heringio che il creditore cedesse verbalmente le sue azioni: *sed opus est ut exhibeatur instrumentum principalis debiti, alias fidejussor solutionem denegare potest* (5): e soggiunge che questa eccezione della surroga può valere fin anco ad impedire il processo esecutivo che si può (anche da noi per la Ordinanza imperiale 21 maggio 1855) intentare sopra istromento pubblico (6):

26. Il fidejussore, per essere costretto a pagare, dev'essere utilmente surrogato non solo colla prestazione del documento del credito, ma eziandio con quella delle garanzie accessorie.

Ma col § 1360 del Codice civile austriaco attribuiremo al fidejussore questo ulteriore diritto; poichè la legge dice: « se prima o all'atto di dare la sicurtà viene inoltre dal debitore principale o da un terzo dato al creditore anche un pegno, gli è sempre libero il convenire il fidejussore secondo l'ordine del § 1355; *ma non può egli rinunciare al pegno in di lui pregiudizio* ». Non basterebbe adunque al creditore di prestare al fidejussore quelle azioni che ha, ma deve esibire tutte quelle che avea al tempo in cui il fidejussore s'interpose in suo favore. E la stessa legge nei combinati §§ 1359 e 896 protegge il medesimo contro gli arbitrii del creditore in questo, che colui non potrebbe in suo pregiudizio liberare uno de' coobbligati; *ma la liberazione di uno dei condebitori non pregiudica agli altri nell'azione di regresso.* E diffatti se fosse lasciato in arbitrio del creditore di manomettere le garanzie congiunte al suo credito, sarebbe lo stesso che dargli facoltà di eludere la legge che vuole surrogato il pagatore, e di più si offenderebbe la giusta aspettativa del fidejussore, il quale appunto s'interpose perchè sapeva di aver modo di

(1) *Neguzant. de pignor.* par. 5, mem. 3. n. 34, Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 2, quæ. 70, n. 2-11, Jac. De Arena, *de cess. jur.* rubr. 6, n. 69 e 70, Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 24, def. 14, Card. de Luca, *summa crediti et debiti* n. 71 e seg. Holeman, in Dig. *de distract. pignor.* Vect. in Dig. *qui potiores in pign.* n. 5. Pothier, *des obligations*, n. 556, Brunneman, *de cess. act.* cap. 3, n. 18.

(2) Leg. 36, Dig. *de fidejussor. et mandat*

(3) Leg. 17, § 1, Dig. *de fidejussorib.* Vedi le leggi 2 e 21 Cod. *de fidejussor.* e la novella 4, cap. 1, in fine.

(4) Leg. 13, Dig. *de fidejussorib.* Gajo nella leg. 27, § ult. Dig. *mandati vel contra*, Ulpiano nella leg. 28, eod. tit. e Papiniano nella leg. 95. § 10, Dig. *de solutionib.*

(5) Heringio, *de fidejussor.* cap. 27, par. 3, num. 7.

(6) Hering. loc. cit. n. 17.

realizzare il credito: come pure aveano osservato Neguzanzio (1), il Cardinal De Luca (2), Fabro (3), Brunneman e De Olea (4).

Però la legge fa soccombere il creditore che avesse rinunciato o liberato i pegni e i correi anteriori o contemporanei alla fidejussione. La sua severità non lo colpirebbe quando questi suoi diritti accessorii fossero divenuti inefficaci senza sua colpa. Sarebbe respinto quel creditore che avesse ommessa la rinnovazione decennale dell'inscrizione del suo credito, perchè chi non fa ciò che è obbligato a fare si dice essere colpevole, e pel § 1297 del Codice civile è tale chiunque non impiega l'ordinario grado di diligenza e di attenzione nelle azioni, da cui deriva un pregiudizio ai diritti altrui: e pel § 1298 chi pretende di essere stato senza sua colpa impedito nell'adempimento di un obbligo nascente dal contratto o dalla legge, ha l'obbligo della prova.

Ciò che si dice della ommessa rinnovazione valga pure per l'ommessa insinuazione in un giudizio d'espropriazione generale o singolare dello stabile ipotecato, in modo che il creditore avesse perduto la sua ipoteca. Non però sarà responsale costui se la sua ipoteca fosse stata superata dal concorso d'ipoteche imprevedute per l'imperfetto nostro sistema ipotecario, o per il deperimento dello stabile ipotecato, o per vizii originarii dell'ipoteca stessa.

Fin qui delle ipoteche anteriori o contemporanee alla fidejussione. Ma che diremo delle ipoteche posteriori? Potrà il creditore rinunciarle od abbandonarle impunemente a pregiudizio del fidejussore? In questo caso non potrebbe questi lagnarsi come fosse deluso nel motivo stesso per cui prestò l'obbligazione sua (5). Io ritengo tuttavia applicabile la dottrina vigente nel Diritto comune, perchè nel caso superiore vedemmo uniformarvisi la nostra legge; la quale ritiene obbligato il creditore a conservare le ipoteche anteriori o contemporanee alla fidejussione, e tace delle posteriori: valga adunque quell'argomento volgarissimo: *inclusio unius exclusio alterius.* Solo aggiungeremo con Fabro: *nisi forte proponas dolo malo creditoris amissas actiones, et ob id tantum ne iis cedere quandoque posset.... Utique enim malitiis indulgendum esse nemo dixerit* (6). Se il creditore rinunciò maliziosamente a queste garanzie accessorie sarebbe respinto dal suo proprio dolo; ma questo dolo dovrà essere dimostrato con sufficienti indizii, perchè l'eccezione del fidejussore dev'essere fondata chiaramente nel dolo, e questo non agevolmente si presume: *dolum ex indiciis perspicuis probari convenit* (7).

(1) Neguzant. *de pignor.* par. 5, mem. 3, num. 34, e M. Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 2, quæ. 72, n. 3.

(2) De Luca, *summa cred. et debiti* n. 96.

(3) Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 27, def. 17.

(4) Brunneman. *de cess. act.* cap. 3, num. 37 e 38, De Olea, *de cession. jur.* tit. 5, quæ. 2, num. 35, 32-31.

(5) Così decise Bartolo in leg. 15, *si ita stipulatus*, § 1, Dig. *de fidejussor.* Hering. *de fidejussor.* cap. 27, par. 3, n. 27, Neguzant. *de pignor.* par. 5, mem. 3, n. 36.

(6) Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 28, def. 17.

(7) Leg. 6, Cod. *de dolo malo.*

Nella legislazione francese coll'articolo 2037 del Codice Napoleone non si volle tener conto della superiore distinzione del Diritto romano e nostro, circa la surroga de' mezzi assicurativi anteriori e contemporanei alla fidejussione, e quella dei mezzi ottenuti posteriormente, perchè in ogni caso il fidejussore è liberato allorchè pel fatto del creditore non può avere effetto, a favore del fidejussore medesimo, il subingresso delle ragioni, ipoteche e privilegi del creditore (1). Troplong colla solita facilità del commentatore preferisce questa assoluta disposizione, dicendo che la legge romana, che accorda al fidejussore l'eccezione *cedendarum* per le ipoteche anteriori, perchè solo sopra queste potea far fondamento alla speranza dell'utile regresso, sii viziata da una petizione di principio; perchè si può presumere che il fidejussore avesse calcolato sulle garanzie che avesse potuto acquistare in avvenire il creditore (2). Noi però non vediamo nè una petizione di principio, nè che il fidejussore poteva prevedere ciò che forse nemmeno il creditore s'aspettava di ottenere. Si dice petizione di principio, secondo la più elementare sillogistica, quando si allega per prova un principio che è incerto e deve essere provato alla sua volta: ma qui il presidente francese non dice che quel principio non sia certo: anzi egli stesso l'adopera, sebbene male a proposito. Poichè il fidejussore s'era bensì obbligato nel primo caso, perchè sapeva che il credito era assicurato; ma nel secondo caso s'era obbligato semplicemente per un credito non assicurato da altre garanzie. Egli non può lagnarsi presso il creditore perchè non lo abbia ajutato con procurarsi altre garanzie: e se non avea diritto a costringerlo a ciò, tanto meno può pretendere che conservi quelle che avesse dopo ottenute con una scrupolosa diligenza. Ma egli è tenuto solo del dolo.

87. Dalle cose premesse rilevasi come il fidejussore colla surroga ottenuta possa reagire anche sulle ipoteche inscritte sopra stabili posseduti dai terzi.

Qui però è d'uopo di distinguere possessore da possessore. Quella conclusione corre in riguardo alle ipoteche costituite dal debitore, o almeno sopra fondi di sua proprietà, e che poscia passarono in potere dei terzi; imperocchè questi ottenne la cosa gravata dell'originaria ipoteca, la quale è propriamente accessoria della obbligazione del debitore.

Ma che si dirà di quel possessore il quale avesse costituita un'ipoteca sul fondo suo a garanzia d'un debito altrui, che fosse parimenti assicurato da un fidejussore?

Troplong risponde in termini generali che il fidejussore surrogato in

(1) A questo articolo corrispondono esattamente l'art. 1909 del Cod. siciliano, l'art. 2066 del Cod. parmense, l'art. 1128 del Cod. ticinese, e l'art. 2074 del Cod. albertino che l'estende anche al fidejussor solidale. Così è pur disposto nell'art. 2034 del Cod. modenese.

(2) Troplong, *du cautionnement*, num. 576, 570-572.

questo caso al creditore, non potrebbe esercitare la di lui ipoteca sul fondo di questo possessore.

Questa opinione non ci sembra esatta, perchè i motivi che adduce contraddicono alla superiore conclusione. Egli vorrebbe che sia peggiore la condizione del fidejussore, perchè obbligato colla persona, e preferibile quella del possessore, perchè obbligato solo colla cosa (1); ed aggiunge che il possessore in genere ha il diritto di costringere il creditore ad escutere *usque ad peram* il debitore ed il fidejussore, e che perciò questi sia tenuto al debito in preferenza di lui (2). Ma è facile di convenire che questi argomenti torrebbero in ogni caso al fidejussore di essere surrogato nell'ipoteca del fondo posseduto dal terzo, anche nel caso che costui avesse avuto causa dal debitore: il qual diritto del fidejussore fu invece da noi superiormente stabilito, e dallo stesso Troplong in altro luogo riconosciuto (3). D'altronde quel secondo argomento è falso, poichè l'art. 2170 del Codice civile francese accorda quell'eccezione d'ordine al possessore, affinchè il creditore domandi prima l'esecuzione dei beni stabili ipotecati allo stesso credito e che sieno posseduti dai *principale o principali* obbligati. Qui invece si tratta di un fidejussore che è obbligato accessoriamente (4), e che non possiede stabili ipotecati allo stesso credito. E nemmeno nel Diritto della Novella 4 cap. 2 non concedevasi cotale eccezione nel senso che si escutessero dapprima le cose del fidejussore, ma semplicemente *ut res apud alium constitutæ non possint vindicari, priusquam personalis actio exerceatur*: come importa la rubrica di quel capitolo.

Anche Gauthier tratta la quistione in termini troppo assoluti, e pensa che il diritto dell'uno sia eguale a quello dell'altro, l'uno straniero ed indipendente dall'altro, e che perciò debbano sottostare ciascuno per tutto il credito, secondo che il creditore escutendo l'uno avrà lasciato a questi colla surroga la facoltà di escutere l'altro (5).

Ma non sembrami che la posizione di essi dipenda dall'arbitrio del creditore. La tesi proposta nei differenti casi dovrebbe meritare una soluzione diversa.

Sembrami quindi opportuno di distinguere:

Se il fidejussore si era già obbligato, e il possessore aveva offerta la ipoteca del suo fondo, in garanzia dell'obbligazione del debitore e del fidejussore insieme, la sua obbligazione reale sarebbe meramente subordinata a quella di coloro, dimodochè potrebbe respingere il fidejussore surrogato, o impetito dal creditore, potrebbe colla surroga riavere il pagato dal fidejussore, perchè costui in suo confronto non è fidejussore, ma debitore. Gauthier stesso conviene in questa opinione (6). Se invece il

(1) Troplong, *du cautionnement*. n. 427.

(2) Idem, ibid. n. 428.

(3) Così l'art. 2037 del Cod. Nap. e il § 1360, del Cod. civ. austr. Troplong *du cautionnement*. n. 355, 431.

(4) Gauthier, *subrogation*. n. 449, 455.

(5) Gauthier, *subrogation*. n. 457-459.

(6) Gauthier, *subrogation*. num. 459, in notis.

possessore avesse obbligato il suo fondo per garantire soltanto il debito originario, egli dovrà considerarsi, limitatamente alla obbligazione reale del fondo, come un semplice fidejussore (1); e quindi ambedue si devono considerare che si sieno obbligati insieme l'uno colla persona, l'altro col fondo, ed allora come i confidejussori (come diremo tantosto) sarebbero tenuti nei loro privati rapporti in porzione eguale, non avuto riguardo alla distinzione di Troplong sulla maggior forza obbligatoria della fidejussione; perchè tanto questa, che l'ipoteca, sono sempre e puramente obbligazioni accessorie (2).

28. Domandiamo ora se spetti la surroga e la eccezione *cedendarum* ai correi che sono tenuti solidalmente pel debito, e ai confidejussori solidali, i quali si uguagliano ai correi (3).

Però distinguiamo prima di tutto se il fidejussore appaja solidale solamente nei rapporti cogli altri confidejussori, ovvero fosse solidale in riguardo al creditore stesso. Poniamo adunque queste distinte categorie. Nella prima vengono quelli che sono correi solidali in rispetto al creditore, e in questa si comprendono due altre categorie: il fidejussore solidale in rapporto al creditore, e il medesimo nello speciale rapporto cogli altri confidejussori. Nella seconda poniamo il fidejussore che è solidale nel rapporto cogli altri fidejussori, ma è fidejussore semplice in riguardo al creditore, e gode in suo confronto del beneficio d'ordine. Di quest'ultima categoria abbiamo già detto, conchiudendo ch'egli pei §§ 1358 e 1360 possa pretendere i mezzi convenienti per esercitare ed assicurare il credito da lui dimesso, e possa rifiutarsi al pagamento in quanto il creditore gli avesse arrecato un pregiudizio colla rinuncia d'un pegno. Perciocchè egli, comunque sia fidejussor solidale per rispetto agli altri fidejussori, è un semplice fidejussore in riguardo al creditore. Il § 1359 del Codice civile distingue benissimo questi diversi rapporti con dire: « se per la totalità della stessa somma vi sono più fidejussori, ciascuno è tenuto per la totalità. Se poi alcuno di essi paga tutto il debito, ha questi, *come un condebitore* (§ 896), il diritto di regresso verso gli altri ». Egli è dunque un fidejussor semplice in rapporto al creditore. E come tale il § 1355 gli accordò il beneficio d'ordine, cioè di essere convenuto in giudizio dopo il debitore. Per essere considerato come coobbligato solidalmente verso il creditore, e quindi per tenersi spoglio del beneficio d'ordine e del carattere di semplice fidejussore, i §§ 1344 e 1347 richiedono che si sia obbligato espressamente *come condebitore*, nel qual caso; per il successivo § 1357 egli è tenuto qual solidale condebitore. Come fi-

(1) Come dissimo sotto il § V, n. 5, vol. 1, pag. 115.

(2) Gauthier, *subrogation*. n. 459, 460, conviene in questa conclusione in riguardo ai confidejussori. Ma la fidejussione è obbligazione accessoria al pari di quella dell'ipoteca: l'illazione sembrami dunque perfetta.

(3) Arg. dal § 1357 Cod. civ. ausl. Card. De Luca, *de credito*, disc. 95. num. 9.

dejussore semplice, in riguardo al creditore gode della surroga concessa dal § 1358, e dell'eccezione *cedendarum* fornitagli dal § 1360: come condebitore solidale sia nel rapporto col creditore, sia in quello del confidejussore che avesse avuto la cessione o la surroga dal creditore stesso, è a trattarsi come qualunque correo.

Con questo riguardo analittico vediamo di quest'ultimo caso.

Secondo il Diritto romano è agitatissima la quistione se il correo possa, come il fidejussore semplice, pretendere dal creditore la cessione delle azioni nello stato di efficacia com'erano prima della sua obbligazione. Fabro lo niegava arditamente: *quod creditor non alia ratione correo cedere tenetur actiones, quam quod eas habet. Unde etsi facto suo actiones amiserit, cedendarum exceptio ei non obstabit* (1). Ma con altrettanta insistenza l'affermavano Giovanni a Sande (2), De Olea (3), Pothier (4), Brunneman (5), Mercuriale Merlino (6). Tuttavia da essi non possiamo trarre un principio sufficiente di deduzione, e nemmanco l'autorità di alcuna legge antica che sia concludente nella materia (7).

La legge francese dopo aver concesso la surroga legale a vantaggio di colui che fosse obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, come dissimo di sopra (num. 20), non decide che parzialmente il caso in cui il creditore per fallo proprio non potesse più cedere tutti i mezzi conservativi ed assicurativi del credito, che avea a principio. Poichè nell'articolo 1285 del Codice Napoleone provvede solo al caso, che il creditore avesse rimesso il credito ad alcuno fra i condebitori, e decide che questa remissione liberi tutti gli altri, purchè non avesse contro di loro riservati i suoi diritti: ed in quest'ultimo caso non può ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui, al quale ha fatta la remissione (8). Ma non si dice parola dell'altro caso, in cui il creditore avesse rinunciata un'ipoteca, sulla quale il pagatore avria potuto ricuperare in via di regresso la porzione del debito nel quale veniva ad essere surrogato.

Nella legge austriaca non è più agevole lo scioglimento della quistione

(1) Fabro, lib. 11 *conjectur.* cap. 14 num. 2.

(2) Joh. a Sande, *de act. cess.* cap. 6 n. 55 e segg. e n. 57.

(3) De Olea, *de cession. jur.* tit. 4 quæ. 1 n. 7 et. tit. 5 quæ. 1 num. 17 et quæ. 2 n. 36.

(4) Pothier, *obligations*, num. 280, 556 e 557.

(5) Brunneman, *de cess. act.* cap. 3. n. 43.

(6) M. Merlin, *de pignor.* lib. 4. tit. 2 quæ. 70 num. 25-31.

(7) Tali sono le leggi 95 § 11 Dig. *de solutionib.* ove si parla del mandatore, del fidejussore, e non del correo: le leg. 36 e 39 Dig. *des fidejussor.*, 65 Dig. *de evictionib.* prima § 42. Dig. *depositi*, che non concludono affatto. La leg. 3 § 3 Dig. *de liberat. legat.* allude al legato di debito e alla volontà del testatore, non al diritto del creditore.

(8) Le altre legislazioni italiane adottarono la stessa surroga, come dissimo di sopra; e l'art. 1285 del Codice francese copiarono negli art. 1259 del Cod. siciliano, 1266 del Cod. parmense, 1376 del Cod. albertino e 1344 del Cod. modenese. Gli art. 649 § 1 e 650 del Cod. ticinese sono contradditorii, perchè vi si dice che la rimissione del debito fatta all'un debitore solidario libera gli altri, e non giova agli altri.

proposta. Ella concede senza dubbio al correo solidale, che ha pagato tutto il debito, la surroga in quella parte, per cui questo si può dire essere un debito altrui. Perchè se egli è debitore di tutto il debito verso il creditore, in riguardo agli altri condebitori non è obbligato che per una porzione; quindi col pagamento totale non si cancella tutto il debito, ma sussiste per quelle frazioni che doveano essere soddisfatte dagli altri. Il pagatore per i termini generali del § 1358 del Codice civile ha conseguito la surroga in quella parte di debito che spettava ad altri; può quindi ripeterla dai condebitori, ed esigere dal creditore soddisfatto che gli consegni tutti i mezzi che vi fossero atti a sostenere il diritto e ad assicurarlo.

Il § 896 dello stesso Codice suppone che questa surroga sia possibile, perchè suppone una cosa maggiore, che cioè il creditore gli avesse cedute le sue ragioni. Ma questa surroga dev'essere limitata a quella parte che nei rapporti particolari di essi condebitori fosse stabilita. A questo fine avvertiva De Olea: *hæc tamen cessio, quæ correo adversus alios facienda est, deducta parte correi solventis fieri debet. Si tamen absolute, prout consuevit, cessio uni ex correis fiat, pro parte tantum, quæ ad alios spectat, facta censebitur* (1).

Ma è ben diverso il costringere il creditore a surrogare il correo nelle azioni che ha tuttavia in pronto, e il ritenerlo responsabile se per fatto suo proprio avesse rinunciata o pregiudicata alcuna di esse, o manomessa alcuna ipoteca. La legge nostra protesse il fidejussore conservandogli le garanzie, sulle quali s'aspettava nell'atto di obbligarsi di ritrovare l'indennità propria. Ma il condebitore è tutt'altra persona. Il fidejussore che si costituì condebitore solidale si è messo da sè medesimo in molto peggior condizione. Anzi la nostra legge si è mostrata in suo riguardo assai meno indulgente che non la francese. Perciocchè nel § 894 ha statuito che nè la remissione, nè la liberazione che uno dei condebitori ottiene per la sua persona giova punto agli altri; però soggiunge a compenso nel § 896 che siffatta liberazione non pregiudica agli altri nell'azione di regresso. Ella distingue con molto rilievo i due diversi rapporti che si danno tra il creditore e i condebitori dall'una parte, e i condebitori tra loro dall'altra. Nel primo rapporto dice nel § 891 che la solidarietà del loro obbligo fa sì che il creditore ha l'arbitrio di esigere da tutti o da alcuni di essi l'intero debito o le porzioni a sua scelta; ed anche dopo promossa l'azione, di desistere da essa, e di ritornare a questa scelta; e se dall'uno o dall'altro dei condebitori fosse stato soddisfatto solo in parte, di pretendere dagli altri il rimanente.

Ma nel secondo rapporto tra i condebitori solidarii, nel § 896, accorda la legge al condebitore, che ha pagato del proprio tutto il debito, anche

(1) De Olea, *de cession. jur.* tit. 5, quæ. 4, num. 6. Pothier, *obligations*, num. 559 e 560. Merlin, *Repert.* v. *Subrogation des personnes*, sect. 2, § 5, n. 4.

indipendentemente dalla cessione delle azioni, il diritto di pretendere dagli altri condebitori il rimborso, e ciò in eguali porzioni, se non è stata stabilita fra di essi una diversa misura. Se uno di essi era incapace d'obbligarsi, soggiunge, o se non possa soddisfare alla sua obbligazione, la di lui porzione deve assumersi nello stesso modo fra tutti i condebitori.

Questi sono i loro obblighi e i diritti rispettivi. Nessuno dei condebitori può alterarne le risultanze, e come dice il § 894, può pregiudicare agli altri. Però costui può essere parzialmente liberato dal creditore, e questa liberazione sarà bensì operativa anche contro i condebitori, ma non in modo che pregiudichi alla loro azione di regresso. Il creditore non può sottrarneli. Non può per esempio liberare l'uno da tutto il debito, ed esigerlo tutto dal secondo: ma questi ha salva l'azione di regresso contro il primo per la sua metà: salvo poi a questi a denunciare la lite e a chiederne il sollievo dal remittente creditore.

Null'altro dice la nostra legge in riguardo alla quistione proposta; ma dal suo silenzio non ci crediamo ancora autorizzati a concedere al condebitore la surroga e l'eccezione *cedendarum* efficace così come quella che concedemmo al fidejussore semplice, e vorremmo concessa al fidejussore che fosse solidale soltanto in riguardo agli altri fidejussori.

Avvegnachè la legge stessa, quando parla del fidejussore solidale in riguardo al creditore, con una cura scrupolosa lo vuol distinto dal semplice fidejussore, e gli toglie i beneficii che ha attribuito a costui: com'ella fa nel § 1347 del Codice civile, nel quale dice che in tal caso risulta una unione di più condebitori, i di cui effetti legali debbono determinarsi secondo quanto rimane prescritto nel capitolo sui contratti in genere, ossia nei §§ 888-896. E nel § 1357 soggiunge che quegli, che si è obbligato per fidejussore e pagatore, è tenuto per tutto il debito qual solidale condebitore. Quindi inferiamo che il fidejussore in quanto sia condebitore non merita i benefizii attribuiti in particolare al fidejussore, quali sono il beneficio d'ordine, e l'eccezione *cedendarum* concessa dal § 1360 dello stesso Codice. Non il beneficio d'ordine, perchè per lo stesso § 1357 è lasciato in arbitrio del creditore di convenire prima il debitore principale ovvero il fidejussore, o entrambi insieme: non l'eccezione dell'impossibilità pratica della surroga, perchè la legge richiamandolo all'osservanza delle prescrizioni regolatrici dei contratti in genere, e specialmente a quella dei §§ 888-896, e non concedendosi in questi luoghi ai correi una siffatta eccezione, è forza il conchiudere che avesse lasciato al creditore il liberissimo esercizio del suo diritto solidale, per cui può trattare con ciascun condebitore come fosse l'unico e principale debitore, e questi non avesse alcun altro diritto in rapporto agli altri, se non quello che gli derivasse dalla surroga ordinaria, o dalla cessione, ovvero infine dall'azione di regresso. Questo suo diritto solidale verso chi si qualificò come il principale debitore, lo esentua dal conservare intatte le sue azioni in prò del medesimo: a differenza di quando convenisse l'uno tra più

fidejussori, che fossero solidali solamente tra di loro, perchè colui sarebbe sempre un fidejussore, e la solidarietà del suo obbligo non concerne che la coesistenza di diverse fidejussioni; ma il suo obbligo è sempre accessorio, è sempre subordinato a un debito principale, e come tale merita tutti quei riguardi che dissimo accordati al fidejussore dalla legge del § 1360 del Codice civile.

Però vorremmo che meritasse attenzione in qualche caso il temperamento suggerito da Pothier, che il condebitore solidale, o il fidejussore solidale in quanto si considera come condebitore, potesse opporre l'eccezione della impossibilità pratica della surroga, quando il creditore avesse manomesso le garanzie con un'intenzione maligna, o avesse dato alcun ragionevole motivo di sospettare ch'egli colludesse cogli altri correi a scapito del pagatore (1).

Però avvertiremo, com'egli cautamente osservava, che non sarebbe responsale il creditore d'una semplice negligenza, nel non avere per esempio interrotta a tempo la prescrizione ipotecaria contro il terzo possessore, o per non avere esercitato il suo diritto nelle espropriazioni esecutive dello stabile ipotecato. È il dolo, non la negligenza, che qui importa di constatare, e solo per il suo dolo può essere respinto, perchè non deve la santità del giudizii prestarsi troppo zelante, ove il senso dell'equità apertamente ripugna.

Quella nostra conclusione negativa che pronunciammo pel correo e pel fidejussore solidale, in quanto si eguaglia ad un condebitor principale, fu pure, e luminosamente, adottata in un giudizio veneto riferito dallo Zini nella segnente fattispecie (2): Comello diede a mutuo a Pagano nel 1805 la somma di ducati veneti 20 mille coll'ipoteca generale sopra i beni suoi, e dei fratelli Zinelli, che si obbligavano solidariamente tra di loro e in riguardo anche al debitore *simul principaliter et in solidum;* i quali pattuirono altresì, che pei pagamenti che facessero per l'affrancazione del capitale subentrassero nelle azioni e ragioni del creditore. Costoro pagarono seimille ducati nel 1809 e altri seimille ducati nel 1813 a diffalco del capitale. Il creditore non notificò l'ipoteca nei registri dell'Esaminador della Repubblica veneta, come portavano le leggi d'allora, nè prese alcuna iscrizione a termine del Decreto italico 25 ottobre 1808; dimodochè nel 1816 i fidejussori solidali Zinelli trovaronsi esposti all'obbligo di pagare il residuo capitale senza speranza di utile regresso. Promossero azione davanti al tribunal civile di Venezia, e questi con sentenza 20 marzo 1817 n. 26812 assolse il creditore dalla domanda di essi tendente a disobbligarli dal residuo debito, ed alla restituzione delle somme anteriormente sborsate. Avvegnachè nei motivi della sentenza si negava nel

(1) Pothier, *obligations*, num. 557.

(2) Zini, *Giurispr. prat.* Vol. IV, par. 1, pag. 42.

fidejussor solidale col debitore, e quindi nel condebitore il diritto di opporre quell' eccezione. L'Appello veneto confermò quel giudicato.

29. Qual surroga può egli pretendere il terzo possessore convenuto in giudizio dal creditore coll'azione ipotecaria? Diversa ell'è nella sua estensione secondo l'interesse del possessore, e secondo il diritto di colui contro del quale si domanda, e secondo il diritto delle persone contro le quali la surroga ottenuta si può opporre. La presente nostra ricerca suppone una diligentissima analisi di questi complicati rapporti, e non potressimo certo mantenere il filo della deduzione, se non sceverassimo accuratamente le diverse contingibilità, per penetrarvi colle nozioni superiormente acquistate, seminarle in questo terreno nuovissimo, e ottenere delle altre nozioni più pratiche e circostanziate.

Ponendo prima attenzione all'interesse del possessore, vediamo com'egli essendo costretto coll'azione ipotecaria od a rilasciare il fondo alla vendita giudiziale, od a pagare tutto il debito ipotecario inscritto, come vedremo nel Capo successivo (§ LVII), allorchè egli presciegliesse di pagare il credito ipotecato, verrebbe a mettersi nella condizione di pagatore d'un debito altrui; quindi avrebbe interesse alla surroga da parte della legge, o alla cessione da parte del creditore, o in genere ad avere un indennizzo dal debitore originario. Di quest'ultimo suo interesse e diritto terremo discorso nel LXVI. S'egli pagando avesse ottenuta la cessione, non ci rimane a vedere se non i suoi effetti in riguardo ai terzi coobbligati o possessori, e di questi parleremo subito in appresso. Ma, indipendentemente da queste due possibilità, dobbiamo qui vedere del suo interesse ad avere la surroga, come diritto corrispettivo al suo debito ipotecario. Epperciò proponiamo il quesito: se in confronto al creditore gli spetti l'eccezione *cedendarum*. Però questa eccezione può mirare a tre diversi fini: ossiavero, al possessore può premere soltanto di subingredire nel credito ipotecario dimesso per opporsi o al debitore o agli altri creditori, che potessero concorrere con ipoteche posteriori sul fondo da lui posseduto: e questo interesse viene sotto la categoria del *jus retentionis*. Nel caso che questo rimedio non fosse sufficiente alla indennità del possessore, gli può premere allora di avere la surroga e i mezzi assicurativi della medesima sopra le altre garanzie accessorie del credito dimesso, che tuttavia esistessero presso del creditore, quali sarebbero le fidejussioni e le ipoteche di cui sono vincolati dei fondi posseduti da altri. In questo caso dobbiamo vedere se questo rimedio gli spetti di diritto. In terzo luogo può avvenire che premendo al possessore di avere colla surroga queste accessorie garanzie, il creditore non potesse surrogarlo nelle medesime, o perchè le avesse manomesse, o perchè la surroga delle medesime potrebbe ritorcersi a suo danno.

In conseguenza di queste ricerche, e per spiegare quest'ultima dobbiamo cercare: quale possa essere l'effetto della surroga legale del posses-

sore in confronto al creditore, ai condebitori, ai fidejussori, e più specialmente in riguardo ai possessori di altri stabili ipotecati al medesimo credito, nel quale verrebbe surrogato.

30. Quando il possessore dello stabile ipotecato impiega il prezzo d'acquisto nella dimissione del credito che fosse inscritto sul medesimo in grado utile, egli acquisterebbe due diversi diritti: l'uno in confronto del venditore di rifiutargli quella parte di prezzo ch'egli ha adoperato a quell'uso; l'altro di mantenersi come surrogato nell'ipoteca del dimesso creditore per impedire l'affluenza dei creditori posteriori aventi causa da' suoi datori. In questa posizione di fatto tutte le legislazioni lo protessero. La romana prima di tutte lo avea premunito col *jus retentionis*, siccome dissimo a suo luogo: imperocchè lo si riteneva surrogato in luogo dell'anteriore creditore, e con tale rappresentanza respingeva qualunque molestia ipotecaria dei posteriori, finchè questi col *jus offerendi* non lo dimettessero alla loro volta: *eatenus tuendus, quatenus ad priorem creditorem ex prœtio pecunia pervenit* (1): *verum est enim*, aggiunge lo stesso Paolo, *et pignori datum, et satisfactum non esse* da nessun altro (2). Questo diritto di surroga gli fu pure assicurato nell'articolo 1251 del Codice Napoleone, ove dice di concedere la surroga a vantaggio dell'acquirente d'un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori, a favore dei quali il fondo era ipotecato (3).

E non diversamente si deve decidere per la nostra legge, per il suo più lauto principio della surroga: perchè il § 1358 risponde, che chi paga un debito di un altro subentra nei diritti del creditore, e può ripetere dal debitore il rimborso del debito pagato, e a questo fine il creditore soddisfatto è tenuto di consegnare a quello che ha pagato tutti i mezzi che vi fossero atti a sostenere il diritto e ad assicurarlo.

Ma come avviene che il possessore conservi in suo proprio vantaggio sul proprio fondo un'ipoteca da opporre ai successivi creditori? *sibi res sua nemine servit*, è aforismo quasi proverbiale. Il diritto e il dovere non possono coesistere in una medesima persona, l'ipoteca è incompatibile colla proprietà, e non può coesistere con essa in una medesima persona sopra un identico fondo, e la proprietà come diritto massimo comprende ed assorbe l'ipoteca, ossia la facoltà del vendere (4). Quest'obbiezione non isfuggì all'occhio acutissimo degli antichi giureconsulti; e Paolo (5) con

(1) Leg. 17, Dig. *qui potiores in pign.* leg. 6. Cod. *qui potiores in pign.* Vedi sopra n. 18.

(2) Leg. 30 Dig. *de except. rei judic.*

(3) Vedi per le altre legislazioni italiane in quanto adottarono questa disposizione, nel sup. num. 20. Toullier, *droit civ.* liv. 3 tit. 3, chap. 5. num 142. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 358. Gauthier, *subrogation*, num. 264-266, Chiesi, *sist. ipot.* num. 505-507.

(4) Gauthier, *subrogation.* num. 263.

(5) Paolo nella leg. 59, Dig. *ad S. C. Trebell.* e 30 in fin. Dig. *de except. rei jud.*

Marciano (1) risposero che egli possedesse non tanto come assoluto proprietario, ma come creditore, ossia come rappresentante l'anteriore creditore da lui dimesso: *possidet enim quasi creditor*. E di vero, finchè il fondo trovasi ipotecato ad altri creditori, il possessore ha un dominio limitato e revocabile: l'ipoteca nella quale è surrogato serve ad accrescere e rinforzare per così dire la proprietà, diminuendo la forza dei diritti altrui e della probabilità della revoca. Se non ci fossero altre ipoteche, l'ipoteca dimessa lasciandogli libera la proprietà naturalmente si estingue nella sua forma, e il fondo *pro solido fit accipientis,* disse lo stesso Marciano (2); ma si conserva sostanzialmente in quanto ha accresciuto la proprietà di quanto mancava per la limitazione dell'ipoteca stessa. Essendoci al contrario altre ipoteche, colla dimissione della prima non si è fatto assoluto ed irrevocabile il suo dominio: ma il possessore ha acquistato dopo il suo limitato dominio un diritto reale d'ipoteca solo in quanto si potesse realizzare sul fondo opponendosi ai seguenti creditori ipotecarj. L'ipoteca primitiva sta, finchè il possessore ha sulla proprietà il diritto reale di ricuperare ciò che diede al creditore in luogo di quella somma che questi avea affidato al debitore: *possidet enim quasi creditor.* Così il Codice Napoleone, oltre il concedergli espressamente la surroga coll'articolo 2177 conferma questa dottrina disponendo: che le servitù ed i diritti reali i quali competevano al terzo possessore sopra l'immobile prima che ne prendesse possesso, rivivono dopo il rilascio del fondo e dopo l'aggiudicazione contro di lui eseguita. E non mancano esempii nel Codice austriaco della coesistenza di diversi diritti contrarii nella stessa persona e sulla cosa medesima, poichè leggiamo nel § 1445 che ogniqualvolta il diritto in qualsivoglia modo si unisce coll'obbligo in una sola persona, si estingue sì l'uno che l'altro, tranne il caso che sia tuttavia libero al creditore di chiedere la separazione dei suoi diritti, come si dispone nei §§ 802 e 812,(3) o che insorgano rapporti di genere affatto diverso. Colla successione perciò del debitore nell'eredità del suo creditore, non si mutano i diritti dei creditori dell'eredità dei coeredi, o dei legatarii (e questo fa al caso nostro) (4); e colla successione nell'eredità del debitore e del fidejussore non vengono punto mutati i diritti del creditore.

31. Imaginiamo per seconda ipotesi che l'acquirente trovasse inscritto sopra il suo fondo un credito, che fosse parimenti ipotecato sopra altri fondi di pertinenza altrui, e riscattato avendolo pretendesse non solo di liberarne il suo fondo, ma di essere surrogato sulle ipoteche mantenute sui fondi altrui. Sarebbe legittima questa seconda pretesa? Supponiamo

(1) Marciano, nella leg. 46, Dig. *de solution*. E con loro i seguenti: M. Merlin, *de pignor*. lib. 2, tit. 2, quæ. 87, num. 5 e 6. De Olea, *de cess. act.* tit. 4, quæ. 2, n. 2. Bachov. *de pignor*. lib. 4, cap. 16, n 1

(2) Loco citato.

(3) Relativi alla separazione dei patrimonii nel caso di eredità beneficiata.

(4) Nippel, comento al § 457, n. 4. Cod. civ. austr

per il momento che l'ipoteca dimessa non fosse collocata utilmente sul valore del suo fondo. In questo caso non dubitiamo che egli abbia diritto alla surroga, salvo a dare evasione alle contro-pretese dei terzi, che vedremo dappoi. La quistione può essere posta in questi termini generali: se in generale il terzo possessore, che dimette un credito ipotecato sul proprio fondo possa opporre la eccezione *cedendarum* per le ipoteche da cui fosse quel medesimo credito guarentito sopra altri fondi posseduti dai terzi. E rispondiamo che egli il può, se ed in quanto l'ipoteca dimessa non era collocata utilmente sul proprio fondo. E valga per esempio: Tizio comperò il fondo A: impiegò tutto il prezzo nel dimettere i creditori Pietro e Paolo, che ei credeva anteriori: indi scoperse un'ipoteca anteriore a prò di Martino, inscritta sul suo e sopra i fondi B e C, posseduti da altri. Martino lo citò coll'azione ipotecaria: e il possessore chiese la surroga sulle altre ipoteche e nelle sue ragioni.

Vedemmo di sopra come gli antichi ascoltassero l'eccezione del possessore. *Creditor cum posset hæredes convenire idoneos, ad fundum venit. Quæro an si ejus justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere. Respondi: posse videri non injustum postulare* (1).

Era questa eccezione *cedendarum* un cominciamento di surroga, perchè si costringeva il creditore a cedere: ma non era ancora la surroga legale operata in virtù della legge (2). Però Ulpiano in un suo frammento accennava già ad un ulteriore sviluppo; concedendo al fidecommissario cui fosse lasciato uno stabile ipotecato ad altri: *per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecariam secum agerent, consequi ut actiones sibi exhiberentur; quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem præsidis provinciæ id ei prestabitur* (3). Concedeva cioè la surroga tacita a questo possessore per titolo di legato e fedecommesso, e di conseguenza concedeva di impetrare dopo il giudizio la esibizione delle azioni (4). E quello che più importa all'ermeneutica moderna ci esibiva un criterio deduttivo di questa importante materia, vestendo la eccezione *cedendarum* dell'arme giuridica della eccezione di dolo: come vedremo in fine di queste nostre ricerche.

Però questa legge e le altre relative attribuiscono l'eccezione *cedendarum* richiesta allo scopo di reagire contro il debitore e l'erede, non anco per esercitare la surroga sugli altri fondi coobbligati allo stesso credito dimesso dal possessore (5); ma è però vero che tacendo non escludono; e in ciò che hanno detto, hanno posto un criterio sufficiente per decidere

(1) Scevola nella leg. 19, Dig. *qui potiores in pignore*. E parimenti Ulpiano nella leg. 57. Dig. *de legatis I*. Arg. dalla leg. 5, Dig. *de censibus*.

(2) Vedi sopra, num 18 e 19. De Oleo, *de cess. jur.* tit. 5, quæ. 1 e. 9, Fabro in Cod. lib. 8 tit. 9, def. 8 Richeri, *Jurisprud.* vol. 9, § 1612.

(3) Detta leg. 57, Dig. *de legatis* 1.

(4) Negozant, *de pign.* par. 5, m. 3, n. 38. Fabro in Cod. lib. 8 tit. 20 def. 17. De Oleo tit. 5, quæ. 4 n. 27 e 28.

(5) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3 chap. 5 n. 143. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 559.

secondo i bisogni forse in allora impreveduti per la novità della dottrina ipotecaria. Fatto è che la giurisprudenza posteriore ne approfittò traendola pure a queste nuove esigenze, allegando insieme il testo della legge 8 Dig. *de censibus* (1).

Dicemmo che la legge francese accorda la surroga al terzo possessore; ma è dubbio se sorta l'effetto limitato al solo fondo posseduto, ovvero s'estenda alle altre ipoteche; se sia accordata a quel possessore che ha pagato il creditore col prezzo, e dimesso il credito collocato utilmente sul prezzo, ovvero a colui che avesse pagato con danari suoi proprii, ovvero avesse col prezzo dimesso un credito non collocato utilmente. L'art. 1251 num. 2 del Codice Napoleone dice solo che il subingresso legale ha luogo *ipso jure* a vantaggio dell'acquirente d'un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori a favore dei quali il fondo era ipotecato (2). Troplong senza distinguere dice che il terzo possessore ha la surroga legale efficace di regresso contro il debitore, i fidejussori, e i possessori di altri fondi ipotecati allo stesso credito. Però non allega l'alinea di quell'articolo, ma l'alinea terzo che segue: ove cioè il subingresso legale è concesso a colui, che essendo coobbligato con altri o per altri al pagamento del debito, avea interesse di soddisfarlo. Il terzo possessore, che paga il credito del venditore, per sottrarsi all'espropriazione, soggiunge l'illustre commentatore, è obbligato per il venditore, e paga per lui: dunque ha la surroga (3).

Tuttavia sembrami questo un grave equivoco: perchè quel terzo alinea allude ai condebitori solidali e ai fidejussori, obbligati per la persona, non al terzo possessore che non ha alcuna obbligazione; conciosiachè l'ipoteca in suo riguardo è un'*obligatio bonorum*, e se si vuole; è una limitazione della sua proprietà, è per conseguenza indiretta limita anche la sua libertà, perchè impedisce che egli disponga del fondo come meglio gli sembra. Ma egli non è obbligato colla persona; egli è affatto estraneo al debito: può avere interesse a pagare il debito; ma questo non è motivo sufficiente ad avere la surroga, come parve a Grenier (4); perchè la legge francese non dice che chiunque abbia l'interesse di pagare un debito altrui sia surrogato; ma in questo articolo limita quel diritto a determinate persone, e in quell'alinea allude soltanto a chi è obbligato al debito o con altri o per altri. Il possessore non è obbligato, e lo stesso Troplong subito dopo avverte che quell'alinea si riferisce al fidejussore e al condebitore solidale (5).

(1) Neguzani, *de pignor.* par. 5. m. 3. num. 25 e 26. Franc. Belduin, *de pign.* cap. 14 in fine. M. Merlin, *de pign*, lib. 4, tit. 2 quæ. 61 in princ. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 20, def. 7, et tit. 24 def. 14. De Olea, *de cess. jur.* tit. 5 quæ. 1 n. 21. Voet, in pand. *qui potiores*. num. 5. Brunneman, *de cess. act.* cap. 3, n. 74 e seg. Pothier, *obligations*, n. 558. Gauthier, *subrogation*, n. 268, in notis, e n. 270.

(2) Vedi sopra nel num. 20 i luoghi delle altre legislazioni italiane che corrispondono a questo articolo.

(3) Troplong, *des. priv. et hyp.* num. 359, 788 bis e 789.

(4) Grenier, *hypot.* n. 496.

(5) Troplong, ibid. num. 360. Chiesi *sist. ipot.* num. 507, tom. 2, pag. 384.

Sembrami quindi più accettevole l'interpretazione di Mourlon, che nega la surroga legale al possessore che avesse dimesso il credito, non col prezzo del fondo, ma con danari proprii (1).

Ma s'egli avesse soddisfatto a un credito utilmente collocabile col prezzo dovuto al venditore, siccome in confronto al debitore-venditore il diritto creditorio derivante dalla surroga sarebbe compensato col suo debito del prezzo, così di questa compensazione potrebbero valersi i fidejussori e possessori di altri fondi coobbligati allo stesso credito: e solo avrebbe essa efficacia contro i creditori del fondo da lui posseduto affine di conservare su altrettanta parte del suo valore l'utilità del prezzo impiegato a quello scopo.

Non accetteremo adunque la contraria opinione di quei commentatori in quei due casi; in quanto cioè il possessore avesse dimesso o con danari proprii senz'altro, o col prezzo d'acquisto un credito collocabile utilmente sul valore del fondo posseduto. Alle quali eventualità alludettero decisamente i compilatori del Codice Napoleone, quando diceano per bocca di Bigot de Préameneu che il possessore, pagando il debito inscritto sul proprio fondo, non può avere che l'intendimento d'impedire l'espropriazione del medesimo, siccome appunto nella giurisprudenza antica col *jus retentionis* (2). Nè l'opinione di estendere la surroga a tutta la sua efficienza pratica può, secondo parve a Grenier, confortarsi dell'art. 1252 del suo Codice civile, nel quale qualunque subingresso si dice avere effetto contro i debitori e i fidejussori; perchè costoro potrebbero sempre opporsi all'azione di regresso del possessore il quale avesse compensato il diritto della surroga col debito del prezzo. Restringiamo adunque questa maggiore virtualità della surroga al solo caso che il possessore avesse dimesso col prezzo un credito non collocato utilmente.

In questa sola eventualità meriterebbe il possessore il diritto di reagire contro il debitore, il fidejussore e gli altri possessori, perchè la legge francese col concedere la surroga al possessore che ha pagato il prezzo, ha certamente inteso che quel beneficio dovesse sortire qualche utile effetto (3).

Con questa distinzione crederemo doversi interpretare le legislazioni italiane, che superiormente vedemmo aver adottato alla lettera la legge

(1) Mourlon, *examen critique au commentaire de M. Troplong*, num. 324.

(2) Maleville, *anal. de la discussion du Cod. Nap.* tom. 3, p. 4. Favard de Langlade *Repert.* V. *subrogation* § 2 n. 5. Gauthier, *subrogation*. num. 269.

(3) E con ciò diamo ragione parzialmente a Gauthier, *subrogation*, num. 270, il quale però da questa considerazione particolare vorrebbe credersi autorizzato a seguire l'opinione generica di Grenier e di Troplong; e nello stesso tempo ci concede che non possa il possessore adoperare quella surroga nei casi che noi diciamo: e lo concede in più luoghi, n. 263, 273, 276, 282, 285 e 462. Egli conviene adunque perfettamente con noi nel fondo della quistione.

francese; e in conseguenza di essa non approveremo la disposizione dell'art. 1306, alinea 2 del Codice civile di Modena, che restrinse la surroga del possessore al solo fondo posseduto. Imperocchè nel caso che il possessore avesse impiegato il prezzo nel dimettere un credito ch'ei credeva collocato utilmente, e non lo era, si troverebbe miseramente deluso e frustrato de' rimedii generali della surroga in quelle ragioni, colle quali il creditore avria ricuperato il suo credito presso i fidejussori e i possessori di altri fondi coobbligati. Noi vorremmo che la surroga fosse un beneficio generalmente accordato a qualunque pagatore d'un debito altrui: quindi compulseremo ed ecciteremo qualunque legislazione che col formalismo della tradizione giuridica opponesse alcun ostacolo alle esigenze della legge naturale del credito, della quale il subingresso legale costituisce una primaria garanzia.

Concludiamo adunque nel caso proposto, che cioè il possessore per la legge francese ha diritto alla surroga sopra altri fondi ipotecati allo stesso credito, quando lo avesse bensì dimesso col prezzo, ma non fosse collocato utilmente sul fondo posseduto. Concludiamo in secondo luogo, che egli (sebbene avrebbe diritto per il principio generale della surroga in qualche caso) per la legge francese non ha diritto a questa surroga sugli altri fondi e contro i fidejussori, se avesse dimesso quel credito non collocato utilmente con danari proprii.

Nei motivi di un decreto della Corte di Parigi del 29 dicembre 1834, riferito da Gauthier (1), si riassunsero nettamente queste conclusioni. « In diritto, vi si legge, l'acquirente che impiega il prezzo del suo acquisto onde rimborsare i creditori del venditore, paga un suo proprio debito, poichè sgravando egli da coloro l'acquistata proprietà, libera sè medesimo dal debito suo verso del venditore, fino alla concorrenza almeno della parte di prezzo a tal' uopo impiegata. È ben vero che la surroga legale che gli accorda l'art. 1251, n. 2 del Cod. civ. nei diritti dei creditori inscritti sull'immobile acquistato, ha il *principale* effetto d'impedire al venditore e ai posteriori creditori di domandargli il prezzo una seconda volta. Ma nel caso in cui l'aquirente avesse pagato il suo prezzo a' dei creditori inscritti, e non avesse soddisfatte le altre ipoteche, egli resta obbligato, come terzo possessore solamente, a tutti i crediti inscritti. Allora se dimette anche questi, non paga già un suo debito, ma un debito di un'altro, verso del quale non è punto obbligato per la sua persona. Era adunque giusto che lo si surrogasse nei diritti del creditore. »

Vedremo avanti quali sieno gli effetti di questa surroga in confronto al creditore, al fidejussore, ai coobbligati e ai possessori di altri fondi.

Che diremo ora noi d'un siffatto possessore che si trovasse sotto l'influenza della legge austriaca? In virtù dei §§ 1358 e 1423 del vigente

(1) Gauthier, *subrogation*, n. 272 e 273.

Codice civile ha certamente questo diritto, perchè pagatore d' un debito altrui; e dovremo aggiungere che egli lo ha in qualunque caso, sia che abbia dimesso il creditore col prezzo, sia con danari suoi proprii; sia che abbia dimesso un credito collocabile certamente sul valore del fondo, sia che non potesse realizzarsi appieno se non a danno dei fidejussori o dei possessori di altri fondi coobbligati allo stesso credito. Ma raccomandiamo insieme che il lettore avverta che noi conduciamo qui un corollario immediato dai suddetti §§ ossia dal principio generale formulato in quelle leggi: non però diciamo ancora che quel diritto gli competa in pratica, e sia efficace in modo assoluto. La legge ha posto un principio: quel corollario vi è contenuto colla massima evidenza analitica. Però sceveriamo caso da caso. In quei due che proponemmo in questo numero, condurremo quella diretta conclusione senza scrupolo alcuno; e diremo che il possessore il quale ha dimesso o col prezzo o con danari proprii un credito ipotecato, *ma non utilmente* sopra il suo fondo, ha diritto alla surroga, in quanto non si possa ricuperare sopra lo stesso.

Ma nel caso che ponemmo come primo nel numero precedente, quando cioè il possessore avesse dimesso col prezzo d'acquisto un credito collocabile utilmente sul fondo acquistato, declineremo da quell'immediato corollario per stabilire una conclusione diversa. Dicessimo ch'egli ha bensì la surroga, ma non in tutte le ragioni che spettavano al creditore dimesso; ma *solo in quelle ragioni che fossero bastevoli alla sua indennità, compatibilmente coll' indennità dei terzi.* Quindi diremo, come vedemmo nella spiegazione della legge francese, che questa sua surroga in quel primo caso ha l'effetto limitato a mantenere l'ipoteca del credito dimesso sopra il proprio fondo e allo scopo di frenare la concorrenza dei posteriori creditori.

Dirassi da taluno: questa limitazione al principio generale della legge è arbitraria. No: rispondiamo; ella è contenuta nello stesso principio: la sua analisi la fa manifesta; e noi la vedremo nell'esame del seguente caso pratico.

82. Poniamo il quarto caso d' un possessore, il quale avesse pagato tutto il prezzo del fondo al venditore, indi scoperta sul medesimo un' ipoteca, l'avesse dimessa. Questa ipoteca, comunque collocata utilmente sul valor del fondo, colpiva per lo stesso credito anche degli altri fondi posseduti da terzi estranei al medesimo colla persona. Il possessore che pel primo ha estinto il credito ha dalla legge la surroga; ma quale ne sarà l'efficacia sopra gli altri stabili? Potrà egli reagire sopra questi, e ottenere a danno degli altri possessori quell' indennizzo, che egli, se fosse stato più diligente, avria potuto ottenere quietamente in rapporto al venditore, trattenendo tanta parte del prezzo? Egli non avrebbe di che rispondere al fidejussore, per esempio, il quale gli opporrebbe: voi vi dite surrogato al creditore. Bene sta; ma voi non avrete diritti mag-

giori di quelli ch' egli avria potuto oppormi. Or bene: io gli avrei opposto; sono pronto a pagare il debito, ma domando la surroga sulle ipoteche tutte che guarentiscono il credito: quindi anche sull' ipoteca che colpisce il fondo dell' odierno possessore. Se egli l'avesse rinunciata, io sarei stato assolto col beneficio dell'azione *cedendarum* assicuratomi dal § 1360 del Codice civile. Così rivolto al possessore direbbe: a voi rappresentante del creditore per la surroga oppongo la stessa ragione. Cedetemi l'ipoteca sul vostro fondo; e se l' avete fatta cancellare, voi non lo potevate in mio pregiudizio. Per la stessa legge del § 1360 io vado dunque assolto.

Potrebbe egli opporla al condebitore solidale? Questi non poteva pretendere dal creditore, se fosse stato impetito pel pagamento, che gli cedesse tutte le sue ipoteche intatte; lo dissimo di sopra (num. 23). Di conseguenza non potrebbe opporsi al possessore surrogato.

Ci rimane il contrasto quasi insuperabile che ci ha tra l' interesse del possessore surrogato per un credito che poteva dimettere, e gli altri possessori di altri stabili ipotecati al medesimo credito: e dall' altra parte tra l' ipoteca dello stesso possessore surrogato contro quelle di altri creditori sopra fondi diversi. Il possessore di cui diciamo coll'aver pagato il prezzo al debitore trovasi veramente in disimborso del danaro impiegato nella posteriore dimissione del credito ipotecario; l'uno e l'altro non può egli conservare sull' utilità del fondo acquistato, perchè il valore di questo è appena coperto dal prezzo. Gli interessa adunque di ricuperare il pagamento del credito valendosi del principio generale della surroga. Egli è pagatore d'un debito altrui: in riguardo ai terzi può veramente dire: *verum est enim non esse solutam pecuniam* (1); *verum est enim et pignori datum, et satisfactum non esse* (2).

Col principio generale della surroga il primo possessore s'avventerebbe contro tutti; e guai all'ultimo pagatore. Egli porterebbe da solo tutto il peso de'precedenti: e l'esser l'ultimo dipenderebbe o dall' arbitrio del creditore o d'alcuno dei surrogati intermedii, o dalla cieca casualità: cose che ripugnano all'essenza della giustizia, che ha l'eguaglianza per base, e la ragione per istromento. Però non diremo per questo che il principio generale della surroga non sia stato per noi le tante volte commendato in vano. Noi vedemmo qual provvida virtù avesse nell' effettuare la legge naturale del credito in più larghi confini, nel perpetuarne i beneficii col sopperire ai bisogni urgenti del creditore, senza dissestare il debitore, intromettendo fra di essi un terzo pagatore. Dicemmo che quel principio presentito dagli antichi collo stimolo dell' equità, avesse ricevuto dalla moderna legislazione austriaca e dall'abolita legislazione piemontese una formale consacrazione: dallo stato di presentimento, dal regno dell'equità passò allo stadio logico di principio, fu concretato nella

(1) leg. 59 Dig. *ad S. C. Trebell.* (2) Leg. 30 Dig. *de except. rei judic.*

legislazione positiva. Questo è progresso: ma non è ancora compiuta la missione del giureconsulto e del legislatore. Perocchè nelle infinite combinazioni dei privati commerci sorgono nuovi contrasti, che affaticano la giuridica di disperati problemi: ella cerca la conciliazione, ma invece di principii e di instituzioni non ha in pronto che dei ripieghi, che se acchetano la disputa, non soddisfanno alla persuasione: il nodo avviluppato è per essi tagliato, non isvolto. Dal che ricaveremo per nostra istruzione questi documenti insigni: che la giuridica è bensì dogmatica come instituzione civile, ma continuamente progressiva e non mai perfettissima nella forma di scienza; che a breve andare i principii ricevuti non bastano più alla più ricca deduzione che ne abbisogna; quindi importa o di svilupparli pur essi, o di rintracciarne dei nuovi; che in questo movimento riformatore non sempre la giuridica procede per un metodo regolare d'invenzione, ma è piuttosto guidata naturalmente, quindi ciecamente e negli infiniti meandri del dubbio, da un presentimento d' equità, vedetta della riflessione, fuoco sacro dell'incivilimento, ma che per sè solo non basta alla conquista dei nuovi veri, senza l'efficace concorso della riflessione stessa. Non dobbiamo quindi far le meraviglie se la ricerca che ci siamo proposta non è punto sistemata dalla legge austriaca; come non crediamo che sia stata risolta, come le si conviene, dalle altre legislazioni; o che la giurisprudenza vi avesse sopperito del proprio con qualche luminosa dimostrazione. Ella è anzi incertissima tra la ripugnanza dei principii ricevuti, che sono insufficienti ad una così remota deduzione, e il sentimento vago e indeterminato d' un equità, cioè d' un pareggiamento del danno tra diversi possessori: quasi si trattasse di un caso fortuito, e disperasse di sceverare il mio dal tuo. Quindi non mancarono gli ottimi giureconsulti in tanto naufragio di persuasione di ricorrere persino all'autorità della legge Rodia: *æquissimum enim est*, diceano col suo commentatore, *commune detrimentum fieri eorum, qui, propter amissas res aliorum, consecuti sunt ut merces suas salvas facerent* (1). Il possessore che pagò pel primo può, diceano, reagire sugli altri, ma a condizione di spartire il danno dell'ipoteca in proporzione coll' utilità del fondo, che ne rimarrebbe libera senza di essa.

Altri con più lodevole magistero traevano un argomento d' analogia dalla legge regolatrice del pubblico censo, esibita da Papiniano con queste parole: *cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur, adversus cæteros, quorum æque prædia tenentur ei, qui conventus est actiones a fisco præstantur: scilicet ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant; nec inutiliter actiones præstantur, tametsi fiscus pecuniam suam recuperaverit, quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.* (2) Ma l' analogia non era perfetta,

(1) Paolo, leg. 2 Dig. *ad leg. Rhod.*

(2) Leg. 5. Dig. *de censibus*. Dalla qual legge Bartolo e gli altri comentatori in leg. *jubemus*, 21 Cod. *ad S. C. Velleian*, et in leg. *si stipulatus*, 18 § 1, Dig. *de fidejussor.* traevano questo corollario.

quindi non concludeva. Non era perfetta, diciamo, perchè il debito dei tributi è una preservazione d'una quota parte del redditi del fondo, o un debito del fondo, e non della persona. Il proprietario è tenuto soltanto in modo indiretto; in quanto cioè egli è interessato ai tributi perchè proprietario, non già perchè fosse obbligato personalmente. I tributi si assegnano non a ciascuna parte minima della terra, perchè praticamente non si potrebbe compartirla. Si assegnano in corpo a una data proprietà per la più facile partizione, non perchè siano un debito personale del proprietario. Onde è facile il dire che il debitore de'tributi è il fondo, e il proprietario ne è solamente il ministro. Onde è facile il conchiudere che ciascun proprietario deve pagare quei tributi che sono dovuti dal fondo rispettivamente posseduto; se paga il tributo degli altri fondi, può ripeterli dal rispettivo proprietario; e se paga un tributo per più fondi insieme, siccome ciascun fondo è debitore della sua parte, ciascun proprietario vi deve contribuire. Ma dell' onere prediale dell' ipoteca si devono dire ben altre cose. Perocchè in principio del § XLVI osservammo che tra la quantità del credito e la quantità del fondo ipotecato non ci ha una relazione proporzionale, per la natura semplicemente negativa del contratto d'ipoteca; la quale risulta dal rapporto di due termini, il credito cioè e la proprietà; di modo che, se sussiste anche l'ultima frazione di ambedue, sussiste il rapporto, e quindi permane il diritto d' ipoteca. La proprietà è obbligata a tutto il credito, e vi è obbligata sia per la totalità sia in ciascuna sua parte. Quindi avviene che il debitore alienando l' uno tra più fondi obbligati ad uno stesso credito, trasferisce nell' acquirente una proprietà sottomessa a tutto il credito. Se aliena il secondo fondo ad un'altro, gli comunica una proprietà affettata pur essa allo stesso credito. Questi due possessori non hanno alcun diritto migliore l' uno dell'altro, in confronto al creditore; e tra di essi non hanno alcun rapporto giuridico. Se il primo possessore paga il credito e ottiene dalla legge la surroga, o dal creditore la cessione, egli subentra ne' suoi diritti, e può esercitarli come a cose intatte, cioè sull' altro fondo. Questa è la deduzione esatta dal concetto elementare della virtualità dell'ipoteca. Rimane solo a vedere se la deduzione dal principio della surroga sia pur concludente ed accettevole. Frattanto ci basti di escludere l'analogia del debito per tributi prediali.

33. Per queste due lontane e inconcludenti analogie la più parte de' giureconsulti s'assuefece a considerare i diversi possessori di fondi obbligati alla stessa ipoteca come fossero coobbligati personalmente per il medesimo credito; e quindi inferiva che l'uno di essi non potesse chiedere il totale rimborso dall'altro, ma a quella sola parte lo potesse costringere, che rimanesse dopo aver egli detratta dal proprio fondo una somma aliquota e proporzionata al rispettivo valore del suo fondo.

Avevasi pure imaginata e sostenuta, per venire a questa medesima con-

clusione quest'altra tesi: che il possessore potesse respingere il creditore, o l'ulteriore possessore potesse rispondere al possessore surrogato coll'eccezione *cedendarum* nel caso, che il creditore stesso o il suo surrogato non volessero cedere, o avessero manomesso l'altra ipoteca assicuratrice dello stesso credito, o per favorire arbitrariamente dei terzi, o pel loro proprio e diretto beneficio: come nel caso presente il possessore farebbe dell'ipoteca del suo fondo.

Avveniva perciò che decidessero: potere bensì il possessore surrogato esercitare la surroga contro gli altri possessori; ma concedevano a costoro d' opporgli quella formidabile eccezione, in causa della quale era egli costretto a cedere l'ipoteca sussistente sul proprio fondo. Però ricadeano allora in un circolo eterno di surroghe; poichè, dopo ottenuta quella seconda surroga, avriano agito di regresso contro il primo, e questi di nuovo contro i secondi: attalchè per troncarlo si pensò di ricorrere al più facile spediente di supporre che tutti i possessori fossero obbligati in proporzione de' loro possedimenti, e che il possessore, che fosse stato convenuto dall'originario creditore, e avesse pagato pel primo, potesse reagire contro gli altri possessori detraendo sulla somma pagata la parte corrispondente al debito, che avria dovuto assegnarsi per quell'ipotesi al suo fondo. *Et sic non poterit*, scrivea Mercuriale Merlino, *reus conventus* (in confronto al creditore) *obtinere cessionem, nisi facta reductione pro residuo quod remanet, et sic credita ad invicem et hypothecæ sunt dividendæ, vel compensandæ ut circuitus evitentur inutiles.* Epperciò conchiude: il surrogato possessore *non poterit convenire alios possessores pro toto credito; sed agere poterit tantum dempta sua rata:* o in altri termini: *fit locus juri divisioni inter compossessores* (1). E pur chiaramente conclude De Olea: *quasi videantur omnes possessores correos debendi esse, et ex ipsa detentatione tacite obligatos* (2). Nè l'autorevole Voet esita un momento nel predicare: *Illud minus ambiguum est, eum qui solidum solvit, non solidum a cæteris aliorum pignorum possessoribus recuperaturum, sed tantum pro rata, ut ita paris sit conditionis cum aliis, qui itidem ex eo solo, quod pignorum possessores sunt, conveniri possunt* (3).

E questa opinione è pur accreditata presso i francesi, come si può vedere presso Grenier (4), Troplong (5) e Duranton (6). Anche Mourlon l'accetta, con un emendamento, col pretendere cioè con assai più di ragione che questa contribuzione non si faccia in base al valore rispettivo

(1) M. Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 42, quæ. 69 num. 11 e 14.

(2) De Olea, *de cess. iur.* tit 3 quæ. 4, n. 39.

(3) Voet, in pand. *qui potiores in pign.* num. 6.

(4) Grenier, *hyp.* num. 335 o 496.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 788 ter.

(6) Duranton, *droit civ.* tom. 12, n. 162. E dietro costoro anche Mattei, num. 4, art 2168, app 1, al § 471, Cod. civ. austr.

dei fondi, ma al valore che rimanesse disponibile per dimettere quell'ipoteca (1).

Solo Gauthier si astiene con lodevole prudenza dall'accettare queste facili conclusioni, e sebbene inclini a credere a questa analogia tra i possessori e i condebitori, pure nel silenzio della sua legge s'astiene, invitando i giureconsulti a novelli studii (2).

Quella opinione però è piuttosto un espediente pratico, che una decisione razionale. Perchè dall'una parte coll'attribuire a qualunque possessore l'eccezione *cedendarum*, e la surroga necessaria in tutte le ipoteche originarie, confessarono che ne proveniva un giro di surroghe, che in logica si chiama circolo vizioso, nei fatti si può chiamare la guerra perpetua: invece che abbisognava d' una ragione formale per determinare questa partizione del danno ipotecario. Io non mi so vedere un ragionamento più difettoso di questo. Un possessore, costretto a pagare, è surrogato dalla legge nelle ipoteche del creditore. Siccome egli ha pagato anche tutto il prezzo, e non può quindi compensare il credito sull'utilità del fondo, da mano alle altre ipoteche, e in confronto agli altri possessori si presenta come creditore. Gli oppongono questi di voler essere surrogati utilmente in tutte le sue ragioni, quindi anche nell'ipoteca del suo fondo; se no, si rifiutano. Ecco il punto decisivo. Ed ecco affacciarsi il principio generale della surroga, come bastasse a sciorre questo problema. Ma e qual soluzione se ne ottenne? Posto quel principio così come letteralmente e materialmente è posto, consegue che tutti i possessori convenuti possono opporre quella eccezione; ossia che nessuno può valersene a suo vantaggio. Dunque quel principio non è applicabile, dovea dire il timorato giureconsulto. Ma gli altri dissero: doversi spartire il male in mezzo. Epperchè? per sciorre quel circolo vizioso, per troncare ogni quistione. E non era meglio dirlo dapprima senza tanti preamboli? che allora si saria detto ingenuamente: vogliamo che si divida il danno dell'ipoteca in proporzione dei fondi obbligati ad essa, perchè così ci sembra per equità: ma confessiamo che non sappiamo ancora per qual ragione.

Vorremmo però tuttavia avvertire come sia esagerata quell'applicazione del principio generale della surroga, in quanto è formulata nella tesi generale che il creditore può essere respinto coll' eccezione *cedendarum*, ogni volta che avesse precedentemente rinunciata alcuna sua ipoteca, o non volesse cederla. Imperocchè nel primo caso il semplice possessore, (non quegli che è anche fidejussore) (3) non può di regola pretendere che la cessione di quelle ragioni che avesse in pronto. *In simplici possessore dicendum est*, con Neguzanzio, *videlicet quod cum ipse non acceperit possessionem hac mente, ut jura sibi cederentur a creditore agente*

(1) Mourlon, *subrogation* pag. 65 e segg. *Examen critique du commentaire de M. Troplong*, num. 324.

(2) Gauthier, *subrogation*, num. 462-475

(3) Se è anche fidejussore può ajutarsi di quest'eccezione, come dissimo di sopra. De Olea, *de cession.* tit. 5 quæ. 2 n. 42. M. Merlin, *de pign.* lib 4 tit. 2 quæ. 68, num. 3

hypothecaria, *pront fecit fidejussor fidejubendo; quod beneficium cedendarum, quod competit simplici possessori juxta legem Mulier*, 20, *Dig. qui potiores..., non causatur ex aliquo contractu præcedenti, prout causatur inter creditorem et fidejussorem, sed causatur potius ex aliqua benignitate legis* (1). Ed iniquo in vero sarebbe che il creditore conservasse dei pegni in beneficio di persone sconosciute, quali sarebbero i possessori futuri; e perdesse un suo diritto formale per aver voluto colla rinuncia o colla riduzione delle sue garanzie arrecare un sollievo al debitore (2). Con dir questo però vogliamo sempre eccettuato il dolo, ossia quando il creditore per il solo fine di nuocere al possessore v' avesse rinunciato (3), siccome dissimo di sopra del correo.

Non è quindi attendibile l'opinione contraria sostenuta da Troptong (4) sulla autorità dell'unico Dumoulin (5); e la nostra opinione del resto è compensata da quella di Gauthier, in quanto l'adotterebbe come più consona alla sua legge moderna (6). Imperocchè il primo vorrebbe proteggere il possessore contro la rinuncia delle altre ipoteche fatta dopo il suo acquisto, come se egli acquistando il fondo e pagando il prezzo avesse calcolato nella possibile surroga di quelle ipoteche. Ma con quest' obbiezione uscirebbe dalla quistione. Perchè se l'acquirente avesse conosciuto l'ipoteca che affettava il suo fondo, non dovea pagarne il prezzo: e non può replicare al creditore di avere da lui delle garanzie, quando potea benissimo provvedere colla propria prudenza.

In riguardo poi all' applicazione del principio della surroga nel caso che il creditore non volesse cedere le sue ragioni al possessore, avanti di esporre la nostra opinione vorressimo prima esaurire l' esame delle altrui. Solo ci basti per ora di aver veduto come dal maneggio di quel principio, non avesse ricavato fin qui la giurisprudenza un ragionevole costrutto.

33. a. Oltre il sistema della contribuzione, basato sul presupposto che il debito ipotecato sopra più fondi sia comune tra i diversi possessori dei medesimi, e non si debba concedere la surroga se non col riguardo di quella comunione per evitare l'infinita catena delle surroghe e dei regressi, ci hanno due altri sistemi, confusamente compendiati in questo aforismo di Antonio Fabro: *sed æquior est contraria sententia existiman-*

(1) Neguzant. *de pignor.* par. 5 princ. mem. 3, num. 29 o 30; col quale sono concordi Baldo e Salyceto num. 5 in leg. *jubemus* 21 Cod. *ad S. C. Vellejan.* Matt. de Afflict. *decis* 345, n. 4. Decio, cons. 404 num. 6. lo stesso M. Merlino, *de pignor.* lib. 4, tit. 2, quæ. 68, n. 10. Fabro in Cod. lib. 8, tit. 24, def, 14 in princ.

(2) Neguzant. loc. cit. Brunneman, *de cess. act.* cap. 3, num. 79.

(3) De Afflictis, d. decis, 345, n. 5. De Olea, *de cess. iur.* tit. 5, quæ. 2, num. 41. Gauthier, *subrogation*, num. 526.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 789, imitato da Mattei, al § 471, append. 1 art. 2168, n. 3 Cod. austr. e da Gauthier, *subrogation*, n 514.

(5) Molinæus, *de usuris*, quæ. 89, n. 680.

(6) Gauthier, ibidem. n. 469 e 517 e seg.

tium ultimi emptoris damno totam rem cedere debere, si ab anteriore conveniatur, nec cogendum quenquam contra se ipsum præstari alteri actionem (1). Nel primo sistema vorrebbe dire che il possessore, che ottenne pel primo la surroga dal creditore, può agire per tutto il credito contro l'altro possessore, e non è tenuto a cedergli o a compensare l'utilità dell'ipoteca del suo fondo, per la quale fu costretto a pagare. Ma sul principio di questa controversia vedemmo come fosse irrazionale questa conclusione, o per lo meno antipatica al sentimento d'equità, che non vorrebbe sacrificato nessuno o all'arbitrio del creditore, o alla fortuna d'imprevedute combinazioni.

Il presidente savojardo con quelle parole, e meglio ancora colla citazione della legge 24 Dig. *qui et a quibus manumiss*, sembrerebbe alludere a un secondo partito, che fu poi in diversi termini abbracciato da alcuna delle moderne legislazioni: in quanto che sembrerebbe che egli volesse ritenere che tutto il peso dell'ipoteca collettiva dovesse cadere sul possessore che avesse comperato per l'ultimo dal debitore. Quella legge dicea diffatti che se un debitore avesse manomessi a libertà i suoi schiavi, i creditori, che venivano a risentirne un pregiudizio, poteano ricondurli in servitù cominciando dall'ultimo liberato. Analoga a questa è la disposizione dei §§ 947, 950 e 953 del Codice civile austriaco, che permette al donante e agli eredi necessarii di chiedere gli alimenti, o ai creditori del donante di rivocare le donazioni cominciando dall'ultimo donatario. Ma perciò non vediamo ancora che la vendita posteriore avesse aggravata la condizione dell'aquirente in confronto del più antico possessore. Il debitore prima di vendere era proprietario, e i fondi suoi erano egualmente ipotecati, e con questa identica condizione furono trasferiti sì agli uni che agli altri acquirenti. Nè tra di loro per la rispettiva buona fede aveano alcun motivo di preferenza: perchè tutti comperavano dei fondi egualmente ipotecati ad un medesimo credito. Se il primo può dire al secondo, che se egli non avesse comperato avria potuto reagire contro il debitore senza patire alcuna eccezione: questi può opporgli di rimando, che avendo lasciato il debitore proprietario, sapeva ch'egli potea disporre delle cose sue a suo grado: ed alienando la prima o la seconda volta non era in suo arbitrio di liberare dalle ipoteche le cose vendute. Il primo ha comperato un fondo ipotecato: dovea dunque premunirsi della ritenuta del prezzo.

Questo partito era però praticato in un'altro modo assai più acconcio, secondo che riferisce Pothier; perchè ci dice che a'suoi tempi costumasse il primo compratore pattuire, e nel silenzio questo patto era sottinteso, che il venditore lo garantisse coll'ipoteca generale sopra tutti i suoi beni dalle possibili molestie ipotecarie dei terzi. Laonde avveniva che i successivi acquirenti ricevano i fondi dallo stesso venditore affetti da una doppia ipoteca: dall'ipoteca collettiva che dovette essere stata dimessa

(1) Fabro in Cod. lib. 8, til. 24, def 14

dal primo acquirente, e dall' ipoteca generale di costui per garanzia di quella; di maniera che veramente sull'ultimo acquirente ricadea tutto il peso di questo edifizio ruinante di garanzie e contro garanzie. (1).

Tuttavia anche a questo modo si eludeva la quistione, invece che scioglierla. Perciocchè ancora da noi il primo compratore può provvedere alle future molestie ipotecarie col procacciarsi un' ipoteca apposita. Ma noi ci domandiamo se indipendentemente da queste accidentali ed estrinseche cautele il possessore, che ha pagato con danari proprii un credito collocato utilmente, sul fondo acquistato, possa reagire per la totalità o per una parte a pregiudizio di altri possessori.

Nel Codice Albertino coll' art. 2297 si consacrò quest' ultimo sistema. « Il terzo possessore, vi si legge, che ha pagato il debito, rilasciato l'immobile, ovvero subita l' espropriazione, ha ragione d' indennità verso il suo autore. Ha pure azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per lo stesso credito, ma contro quelle solamente che sono a lui posteriori di data nell'acquisto ».

Buona è questa legge, perchè decide in qualche modo la controvversia, e perchè veramente non offende i privati contraenti; perciocchè colui che compera uno stabile aggravato da una ipoteca collettiva, deve fare i suoi conti, come se egli fosse davvero l'ultimo acquirente. Non sempre è dato nelle attuali instituzioni ipotecarie di conoscere se l'ipoteca inscritta sopra di un fondo non lo sia pur collettivamente sopra altri. Dunque chiunque possa riuscire ad essere l'ultimo acquirente, prenda le dovute cautele colla ritenuta del prezzo, o colle garanzie contrarie.

Ma questa legge non conclude presso di noi; nè le altre legislazioni italiane o la francese non ci esibiscono alcun analogo principio positivo: ed abbiamo pur lamentato sin qui che il principio latente o formale della surroga, e la deduzione dall' individualità dell' ipoteca ci distolgono dal venire a quella conclusione: e se non riconoscessimo nella legge piemontese quelle due eminenti utilità pratiche, non sapremmo, non diremo adottarla, ma nemmanco approvarla. Perciocchè, se noi ci proponiamo il caso che l'ultimo compratore fosse stato convenuto in giudizio pel primo dal creditore, e l'avesse dimesso, non gli potressimo denegare la surroga; perciocchè la legge l' attribuisce a qualunque pagatore d' un debito altrui; ed egli non può aver pagato un debito proprio pel solo fatto d'aver comperato per l' ultimo. Come pure concederessimo alla sua surroga l'efficacia generale contro l' anteriore compratore, perchè questi comperando pel primo, non ha liberato ancora il suo fondo dal debito dell' ipoteca collettiva.

Impertanto ci troviamo ancora dopo il giro di questa rivista a quel medesimo punto, donde ci siamo mossi per cercare quale sia la possibi-

(1) Pothier, *hypothec.* chap. 2 sect. 1 § 6. Gauthier, *subrogation*, num. 464.

lità giuridica della surroga legale spettante al terzo possessore sulle altre ipoteche inscritte sopra fondi posseduti da altri possessori estranei, per un credito che era collocato utilmente sopra il suo fondo, e che egli non avea compensato col prezzo.

33 b. La soluzione di queste difficoltà speriamo che si possa rintracciare nell'analisi più approfondita del principio generale della surroga, che si concede a qualunque pagatore d'un debito altrui. Non diciamo però che basti a quell'uopo di rivedere minutamente i singoli concetti, de'quali si compone la formula di questo principio; perciocchè non ne verressimo mai a fine di nulla: come abbiamo veduto negli esperimenti imaginati dalla giurisprudenza per lo addietro. L'esperienza appunto ci ammaestra a cercare un'altra via, e noi vi ci mettiamo guidati da un vivacissimo lume di persuasione: avvegnachè ci sembri che questo principio non sii stato ancora scandagliato nella sua più profonda entità razionale, e precisamente nella parte della sua primitiva derivazione. Nessuno vorrà presumere che il pagatore d'un debito altrui abbia un diritto alla surroga, così assoluto e generale, quasi che avesse per ragione unica ed esclusiva il solo fatto materiale del pagamento. La legge può ben connettere l'un termine all'altro, perchè nella generalità dei casi importa veramente che dopo il pagamento nasca quest'effetto giuridico della surroga. Ma è ben diverso il dire che la surroga sia l'effetto del pagamento, e che questo fatto sia la causa occasionale, la semplice occasione, per la quale nasca da una causa incognita l'effetto della surroga. E ben lo dissimo a principio, che il fatto puro e semplice del pagamento produce anzi l'immediato effetto di estinguere il credito, e non già di conservarlo, e trasferirlo in altri. Ma perchè il credito si conservi a beneficio del pagatore, la legge ha dovuto riconoscere un'altra causa. E questa causa fu per noi collocata nell'interesse medesimo del pagatore, combinato coi possibili riguardi verso il creditore e i terzi.

La legge consecrando questo interesse, non ha fatto altro che adempiere alla massima sua funzione civilizzatrice, che consiste nel prestare la propria autorità e la propria tutela ad un'interesse privato, al quale non siano contrarie e la eminente ragion civile, e la parziale ragione degli altri interessi privati. Ella ha quindi posto il principio pratico: chi paga un debito altrui ha il bisogno e quindi il diritto di subentrare nei diritti del creditore. Attribuì dunque questo beneficio, non di suo liberissimo arbitrio, ma perchè riconobbe nel pagatore un bisogno urgente, e un interesse compatibile coll'interesse altrui. Questo bisogno e questo interesse è dunque la vera ed ultima causa della surroga: come la ragione e l'intenzione della legge stessa nel proclamare quel principio pratico fu precisamente determinata dalla missione del Legislatore a consecrare e proteggere questo interesse del pagatore combinato coi possibili riguardi verso il creditore e i terzi.

Scoverta la ragion della legge, non è più la formula di cui ella si servì per esprimersi praticamente che noi dobbiamo accontentarci d'esaminare; ma è la ragione stessa che dobbiamo aver presente agli occhi per l'inferiore deduzione. Questa è la regola suprema dell'interpretazione del giureconsulto, il quale dalla formula imperativa risale al principio speculativo che la legge ha voluto tradurre in quella formula, e da quel principio può discendere con tutta sicurezza nelle più remote applicazioni. A questo modo noi possiamo ravvicinarci alla legge austriaca, e riconoscere che, comunque quella formula pratica non sia sufficiente per l'applicazione alle ricerche che ci siamo ultimamente proposte, ci ajuta però a raggiungere con poca fatica il principio speculativo più generale e fecondo di una più ricca deduzione. A questo modo operando, e con questa legittima interpretazione, illustriamo della sua natural luce qualla formula pratica, e riconosciamo che la legge austriaca, a preferenza delle legislazioni d'origine e d'imitazione francese, ha per essa sistemato definitivamente, o almeno ha collocato sopra saldissime fondamenta questa scabrosissima parte del Diritto ipotecario.

Il diritto alla surroga è dunque fondato nel bisogno che avrebbe il pagatore di subentrare nei diritti del creditore, compatibilmente coll'interesse di questo e dei terzi.

Vediamo di esaminare questi termini: l'interesse del pagatore: l'interesse dei terzi, e le loro varie combinazioni.

Il massimo interesse del pagatore tenderebbe ad avere dai creditori tutti i mezzi che vi fossero al presente, o vi fossero stati per lo passato adatti a sostenere e ad assicurare il suo credito. Ma questo interesse massimo non si può sempre ottenere o perchè sarebbe impossibile di soddisfarlo, o perchè si arrecherebbe un grave pregiudizio al creditore e ai terzi.

Vediamo prima di colui che paga un debito altrui, al quale non fosse in niun modo obbligato. Di costui dissimo che può pagare quando il debitore abbia diritto di pagare e lo autorizzi a pagare in vece sua, e pagando ha diritto alla surroga, ossia il creditore è tenuto per i §§ 1358 e 1422 del Codice civile di consegnargli tutti i mezzi che vi fossero atti a sostenere il diritto e ad asssicurarlo. Che se egli pretendesse dal creditore che ricuperasse i pegni già rinunciati, domanderebbe una cosa che non gli importa d'avere, potendo egli liberamente astenersi dal pagare e dimettere un credito, al quale non è obbligato. Ottenuto poi che avesse la surroga nelle ipoteche che assicurano il credito dimesso, egli potrebbe esercitarle in quel modo stesso che li potrebbe il creditore: però non potrebbe esercitarle in danno del creditore medesimo nel caso che egli avesse pagato il credito in una sola parte e concorresse col creditore, come vedremo in avanti.

Se chi paga fosse un correo solidale, avrebbe interesse di ottenere una surroga efficace a ricuperare quella parte che fosse dovuta dall'altro cor-

reo nei loro particolari rapporti. Questo suo interesse può bastare a costringere il creditore a cedergli i mezzi conservativi e assicurativi del credito, in quanto che sarebbe una mera malizia se li rifiutasse. Ma se egli avesse rinunciato all' ipoteca prima di convenire in giudizio il correo solidale, e non vi avesse rinunciato con manifesto dolo, colui non potrebbe sottrarsi all'azione opponendo quel suo interesse, perchè questo sarebbe prevenuto dalla formale e precisa obbligazione solidale e principale.

Diversamente stabilì la legge in riguardo al fidejussore, nel caso che il creditore avesse rinunciato in suo pregiudizio ad un pegno costituito prima o contemporaneamente alla sua fidejussione; e questo pel motivo che il fidejussore non solo ha un interesse alla surroga, quando avesse pagato, ma non si sarebbe nemmeno obbligato a pagare, se quando si obbligava non si fosse promesso di assicurarsi il proprio indennizzo sulla garanzia materiale del pegno. Tolto questo motivo del suo consenso per il fatto del creditore, può in proporzione sottrarsi all' obbligo assunto.

Così pure dicemmo che l' un correo solidale, o l' un fidejussore solidale, ottenendo la surroga dal creditore non può esercitarla contro gli altri fidejussori e correi per la totalità del credito, ma solo detratta una parte. E questo perchè il suo bisogno alla surroga è limitato dal diritto di quei terzi, che nei rispettivi rapporti sono debitori solamente d' una quota parte.

Veniamo al possessore dello stabile ipotecato, estraneo a qualunque obbligazione personale. Egli è costretto a pagare come possessore, perchè, se non paga, il creditore gli toglie il possesso e l'utilità del fondo. Non è obbligato, ma solo interessato a pagare il debito altrui. Ha dunque interesse alla surroga, e alla surroga efficace nel miglior modo possibile. Ma veggasi da quali limitazioni questo suo interesse è circoscritto. Nei rapporti col creditore egli non può pretendere, come il fidejussore, di sottrarsi alla persecuzione ipotecaria perciò solo che il creditore avesse rinunciato alle altre ipoteche, che assicuravano lo stesso credito sopra fondi posseduti dal debitore o dai terzi: a meno che vi avesse rinunciato con manifesto dolo; perchè il creditore conservò la potenza reale ed individua della sua ipoteca sul fondo senza curarsi de'successivi acquirenti del medesimo; l'immediato oggetto del suo diritto è il fondo, *sine respectu ad quemlibet personam.*

Nei rapporti poi cogli altri possessori del fondo, coobbligati ipotecariamente allo stesso credito, non invano superiormente distinguemmo dei casi diversi. Perciocchè in questo rapporto, e secondo la diversità di questi casi, occorre una importante limitazione all'interesse generale della surroga, che non fu avvertita nella giurisprudenza antica e moderna con quella evidenza che si conveniva. E questa limitazione consiste in ciò che il bisogno del possessore ad avere la surroga diventa diritto, solo quando in confronto al pregiudizio dei terzi questo suo bisogno non può

essere altrimenti soddisfatto. Se questo suo interesse a ricuperare quanto ha speso per un debito altrui potea essere indennizzato in altro modo, e non a danno dei terzi, la surroga ottenuta non potrebbe esercitarsi in danno di costoro. Perciocchè la legge ha conceduta la surroga al pagatore d' un debito altrui, solo ed in quanto avea bisogno di provvedere all'indennità propria. Qualunque bisogno in genere è diritto quando non pregiudica ai terzi; e quando loro nuocesse, può essere diritto solo allorquando e nella misura che fosse giustificato dalla necessità assoluta.

Quindi emerge il perchè superiormente concludemmo: che il possessore che ha dimesso col prezzo d'acquisto un credito collocato utilmente sul fondo acquistato, e compensabile con quel prezzo, ottiene dalla legge una surroga, che è efficace soltanto allo scopo di compensare ciò che ha speso col suo debito del prezzo, e di arrestare la defluenza dei posteriori crediti ipotecari, onde conservare almeno l' utilità ipotecaria del danaro esborsato. Ma questa sua surroga non sarebbe efficace a chiedere il rimborso del credito dal debitore o dal fidejussore, o dai possessori di altri fondi obbligati, perchè gli opporrebbero l'avvenuta compensazione.

Così dicemmo: se il possessore avesse pagato sia col prezzo, sia con danari suoi proprii, un credito ipotecato sul proprio fondo, ma in un grado che non fosse collocabile utilmente sul prezzo del medesimo, egli potrebbe esercitare la surroga contro gli altri possessori per l'intiero credito, perchè non ebbe veramente un'altro modo di provvedere colla stessa surroga al proprio indennizzo. Ma che sarebbe di diritto se gli altri possessori asserissero esserci tra il prezzo e il valore del fondo un margine utile, col quale potesse egli compensare tutto o parte del credito, e domandassero la surroga in questo medesimo credito, affine di poterlo realizzare su quell'eccedenza? Supponiamo ancora che il primo possessore surrogato avesse avuto il fondo per donazione. Se egli avesse pagato il credito collocato utilmente sopra il fondo, avrebbe egli diritto di esercitare la surroga e di ricuperare ciò che ha speso contro gli altri, senza surrogare costoro nella ipoteca del suo proprio fondo? Egli risponderebbe e nell'uno, e nell' altro caso, di non essere debitore a chicchesia del valore del fondo donato, o dell'eccedenza del valore sul prezzo, e di non potere, nè dover compensare il pagamento del debito altrui, non essendo debitore di cosa alcuna; sè direbbe subentrato tuttavia in tutte le ragioni del creditore, e quindi anche nella ragione reale ed individua della sua ipoteca.

Ben è vero che per il principio generale della surroga saria obbligato a cederla agli altri possessori: così come sarebbe obbligato l' originario creditore. Ma qui occorre in suo favore quell' importante prima limitazione, che il creditore deve prestare la surroga, se ed in quanto egli prestandola gioverebbe agli altri e non nuocerebbe a sè medesimo. E questa limitazione non era sconosciuta nemmeno agli antichi, che con Urceolo insegnavano, dover egli prestar le azioni: *dummodo contra se ipsum non*

retorqueantur; perchè appunto la surroga è dovuta solamente *ex regula quod tibi non nocet et alteri prodest* (1). Nè d' altra parte potrebbero gli altri possessori resistere alla surroga pretesa dal primo, coll'allegare la seconda limitazione, che egli cioè l'avesse ottenuta *ex æquitate sola*, ossia per ischivare un danno irreparabile, potendo egli compensare l'utile del fondo colla passività ipotecaria: perciocchè egli risponderebbe che col tenerlo obbligato al debito saria danneggiato dell' utilità del suo acquisto, legalmente provenutagli per un valido contratto: che egli fu surrogato in un debito altrui, ipotecato bensì sopra il suo fondo, ma non in modo che egli per il contratto dovesse compensarlo coll' utilità del medesimo. Egli comperò il fondo a un dato prezzo, e con questo non avria potuto pagare utilmente un credito non collocabile utilmente sul medesimo. E se lo ricevette per donazione, a meno che questa non sia rivocabile come fatta in pregiudizio de'creditori del debitore, egli acquistonne il dominio, senza assumersi debito alcuno in riguardo al prezzo. Non poteva ricuperare sul fondo il danaro esborsato nella dimissione del credito, e se non potea in questo modo ricuperarlo, egli si trova legalmente autorizzato ad esercitare la sua surroga contro i terzi.

33 c. Colla seconda limitazione, per la quale riteniamo che la surroga si ottenga e sia efficace solamente entro i limiti della necessità, scioglieremo l'ultima delle ricerche che ci siamo proposte, ossia quella che riguarda il possessore, il quale, dopo aver pagato il prezzo al venditore, scoprisse e dimettesse un credito ipotecato sul proprio fondo, e che potea essere compensato col suo debito del prezzo. In questo caso si vede a prima giunta come egli, se fosse stato guardingo, e avesse praticate le ordinarie diligenze, avria scoperta quell' ipoteca in tempo opportuno, e l'avria facilmente dimessa trattenendo i danari destinati al venditore. Allora non avria avuto mestieri della surroga, perchè avea un mezzo efficacissimo d' indennità nel compensare il debito reale del suo fondo col suo debito personale della compera. Se egli non ebbe questo accorgimento, se per colpevole negligenza non providde all'interesse proprio, e peggio ancora, se conoscendo quell' ipoteca avesse pagato al venditore per rovinare gli altri possessori, quelli hanno fortissime ragioni per opporglisi. La legge non può avergli concesso questo benefizio, se non in vista d'un urgente bisogno: ed a quei bisogni ella provvede e protegge che nell'ordinaria prudenza sono inevitabili. *Jura scripta sunt vigilantibus.* Gli antichi adombrarono abbastanza quella limitazione pratica concedendo la surroga al pagatore solo allorquando al creditore rifiutantesi poteva egli opporre la replica di dolo: come vedemmo di Ulpiano nella legge 57 Dig. *de legatis*, lib. 1, che concedeva al legatario l'eccezione *cedendarum*

(1) Urceolo, *consult. for.* tom. 1 cap. 4, n. 8. Glossa in leg. 1. Cod. *de duobus reis.* Fabro in Cod. lib. 8, tit. 24, def. 11 Merlin, *de pignor.* lib. 4, quæ. 61, n 4.

sotto forma della replica di dolo: *poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi ut actiones sibi exhiberentur.*

Questa eccezione di dolo significa che il creditore, che si rifiuta alla surroga potendola prestare, arreca per malizia un danno al convenuto. Nel caso nostro il pagatore senza la surroga avrebbe bensì risentito un danno; ma questo non merita riguardo, perchè proviene dalla sua colpa: *qui ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* Egli è in colpa, perchè comperando sapeva per legge (§ XLVIII) che andava a soggiacere ai pesi ipotecarii del fondo acquistato, e doveva consultare i registri, e guarentirsi colla ritenuta del prezzo: a sè solo dunque imputi il proprio danno.

Però non assolveremo ancora l'altro possessore avanti di aggiungere queste avvertenze. Poichè se l'altro possessore convenuto dal primo per la surroga non avesse ancora pagato il prezzo del suo acquisto, per garantirsi appunto da quella medesima ipoteca collettiva, egli non potrebbe opporre al primo quella limitazione, se non esibendosi di pagare il prezzo piuttosto a lui che al comune venditore: perchè egli non potrebbe accagionare la colpa del surrogato, se non per esonerarsi dal danno del regresso, ed egli, come debitore del prezzo, e in quanto può pagare con questo non va incontro a perdita alcuna.

Ma nel caso che pur questo secondo possessore avesse pagato il prezzo del fondo coobbligato allo stesso credito, potrebbe valersi di questa limitazione, ed opporsi alla surroga, come esercitata fuori dei limiti di una necessità inevitabile.

34. L'erede beneficiario può aver interesse e diritto ad ottenere la surroga dal creditore ipotecario da lui soddisfatto, al pari di ogni altro possessore dello stabile ipotecato, in quanto che, non essendo egli tenuto ai debiti del defunto se non in quanto le attività ereditarie sieno sufficienti ad estinguerli, egli potria correre pericolo di perdere, sotto la persecuzione degli altri creditori ipotecarii, e il fondo ipotecato, e il proprio danaro, col quale dimise il più anziano dei creditori (1).

È dunque notabile la differenza tra l'erede beneficiario e il terzo possessore dello stabile ipotecato, perchè quegli è tenuto a pagare il debito ipotecario col valore del fondo ipotecato, e con quello delle altre attività ereditarie: il possessore invece non è tenuto che per il fondo medesimo, cioè per il suo valore.

Donde una varietà di corollarii.

L'erede beneficiario non otterria alcuna surroga, quando le attività ereditarie fossero sufficienti alla tacitazione di tutti i creditori reali e personali del defunto: posciachè col pagamento estinguerebbe un debito ere-

(1) Gauthier, *subrogat.* n. 515.

ditario, e libererebbe sè medesimo come erede. Se le attività ereditarie non bastassero, ma il valore del fondo ipotecato fosse sufficiente a coprire tutte le ipoteche inscritte sul medesimo, non sarebbe necessaria la surroga in confronto di quelle ulteriori ipoteche, ma l'avrebbe però per opporre il pagamento e il *jus retentionis* contro i creditori chirografarii e personali, i quali verrebbero sul fondo ad esiggere le loro pretese.

Avrebbe parimenti la surroga nell'ipoteca dell'anterior creditore, all'effetto di ritenere o il possesso del fondo, o il valore del pagamento, quando il fondo e le altre attività ereditarie non bastassero alla soddisfazione degli altri creditori iscritti posteriormente sullo stesso. L'effetto di questa surroga porterebbe, come quella dell'acquirente, sulle ipoteche inscritte sopra stabili posseduti da altri per lo stesso credito (1).

Valga adunque per questa surroga la dottrina esposta circa la surroga del terzo possessore.

Toullier (2) e Troplong (3) spacciarono che questa surroga fu trovata dalla giurisprudenza francese per incoraggiare l'erede beneficiario a sbrigare più presto gli affari della successione. Ma Giustiniano avea per tempo provveduto al medesimo nella legge 22. § 9. Cod. *de jure deliberandi*, con dire: *damus ei licentiam excipere et retinere quidquid.... in alias necessarias causas hereditatis approbaverit se se persolvisse* (4).

E lo stesso si dica di quel coerede assegnatario di un fondo, il quale avesse dimesso un credito inscritto sul medesimo, e sopra altri fondi posseduti dagli altri coeredi. Allora egli, come il correo, reagirebbe sulle di loro ipoteche, detratta la propria quota (5).

85. Veduto quali persone abbiano diritto di dimettere forzatamente il creditore e quali altre fossero obbligate a soddisfarlo, ci rimane quella categoria più generale dei casi nei quali alcuno, qualunque siasi, avesse pagato al creditore. E lo dissimo più volte col § 1358 del Codice civile, che quegli che paga un debito di un altro subentra per legge nei diritti del creditore, ed a questo fine il creditore soddisfatto è tenuto di consegnare a quello che ha pagato tutti i mezzi che vi fossero atti a sostenere il diritto e ad assicurarlo. Se il terzo avesse pagato senza ottenere la cessione, od anche senza aver fatto alcuna riserva della surroga, questa si effettua egualmente e di pieno diritto (6); solo deve chiedere al creditore quello che la legge per sè sola non può procacciargli, cioè i mezzi idonei a conservare e ad assicurare il credito.

Nel § 1423 dello stesso Codice civile si trae un altro corollario da questo vero, in quanto dispone, che il creditore non può di regola essere costretto a ricevere il pagamento per parte di un terzo, senza il consenso

(1) Chiesi, *sist. ipot.*, num. 509.
(2) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, ch. 5, n. 154.
(3) Troplong, *des priv. et hyp* n. 361.
(4) De Olea, *de cess. jur.* tit. 4, n. 4-6.
(5) Gauthier, *subrogation.* n. 373-377.
(6) Così per le sorroghe legali del Codice francese Gauthier *subrogation.* n. 215.

del debitore. Se però, soggiunge, il creditore lo avrà accettato, il terzo che paga può, anche dopo fatto il pagamento, domandare la cessione del diritto competente al creditore. Nel mentre col Diritto romano il terzo pagatore per ottenere la cessione tardiva doveva aver fatta una riserva espressa all'atto del pagamento (1). In questo solo caso rispose Modestino valere la cessione formale, che si fosse fatta dappoi: *cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio quæ fuit, perempta videatur* (2).

Se non che nella giurisprudenza intermedia vediamo dalla profonda incertezza delle opinioni svilupparsi e generalizzarsi il principio latente della surroga moderna nella *cessio a lege*, concedendola alcuni al fidejussore che avesse pagato senza aver adoperato l'eccezione *cedendarum* (3).

Nel Diritto francese fuori dei casi speciali, in cui vedemmo concessa la surroga legale, non si riconosce la validità delle cessioni e delle surroghe posteriori al pagamento (4).

Veggasi dunque l'utilità della legge austriaca, la quale col principio generale della surroga provvede a qualunque avesse pagato un debito altrui, e per buona fede, inesperienza, od inganno non avesse potuto ottenere contemporaneamente la cessione. Valida sarà dunque la cessione, sebbene tardiva; e se il creditore dimesso si rifiulasse, siccome il pagatore è surrogato dalla legge col fatto del pagamento, così per la legge stessa ha diritto di costringerlo a rilasciargli tutti i mezzi adatti a sostenere il diritto e ad assicurarlo (5). Se questi vi si rifiuta, il giudice vi supplisce colla sua autorità: *nam officium judicis auctoritatem juris habet* (6).

Potrebbe il surrogato ottenere l'annotamento marginale coll'impetrarlo dal giudice a modo di prenotazione? Utilissimo gli sarebbe questo rimedio di legge, quand'egli temesse che negli indugi d'una lite il creditore dimesso cedesse dolosamente lo stesso credito ad altri, o questo credito fosse suppegnato od assegnato ad altri suoi creditori. Però si oppone che la legge delle prenotazioni provvede soltanto a chi vuol acquistare un'ipoteca, non a chi pretende acquistarsi la proprietà di un credito inscritto; poichè nel superiore § XXX vedemmo ch'ella dicesse che colla prenotazione si acquista un diritto condizionalo di pegno, e non già un di-

(1) Neguzant, *de pignor.* par. 5, princ. m. 5, par. 1, n. 15, M. Merlin, *de pign.* lib. 4, tit. 2, quæ. 61, n. 7, De Olea, *de cess. jur.* tit. 5, quæ. 4, Hotoman, in leg. 2, Cod. *de his qui in pr. cred. loc. succ.*

(2) Leg. 76, Dig. *de solution.* Egualmente Paolo in leg. 36, Dig. *de fidejussor.* e Papiniano in leg. 5. Dig. *de censibus.*

(3) De Olea, *de cess. jur.* tit. 5, quæ. 4, n. 13, e seg., ed oltre le sue molte citazioni veggasi, M. Merlin, *de pignor.* lib 4, tit. 2. quæ. 75, n. 4-7. Dumoulin, in Pothier, *obligations*, n. 280, Menoch. *de præsump.* 134, num. 1-3.

(4) Vedi supra num. 16, Gauthier, *subrogation.* n. 94, 108 e seg.

(5) Vedi supra num. 25, sulle cautele da prendersi dal surrogato.

(6) Arg. ex leg. 40, Dig. *de judiciis*, Hotoman, in Dig. *de distract. pignor.* De Olea, *de cess. jur.* tit. 5. quæ. 8, n. 14-21.

ritto di proprietà, tal quale è arrecato dalla surroga. Quel metodo processuale è senza dubbio idoneo, quando il creditore chiedesse un suppegno sopra un credito del debitore; ma profonda è la differenza tra questo e il subingresso. Tuttavia stimiamo che la si possa e si debba concedere, quando il surrogato allegasse nella sua domanda la quitanza del pagamento. Crediamo confacente a quest'uopo il capitolo XXX del Regolamento giudiziale, che col § 376 incomincia a stabilire: «ogni qual volta sarà controverso il possesso d'una cosa o ragione fra l'attore e il reo, senza che alcuna parte sia in grado di provare incontanente il suo diritto, si accorderà dal giudice il sequestro. » E nel seguente § 377: « quando l'attore avrà contestato una cosa *o ragione* posseduta attualmente dal reo, e che avrà fatto constare del pericolo che la medesima in pendenza della causa possa dal reo alienarsi o danneggiarsi, esso potrà, contro oblazione d'una sufficiente cauzione pel danno contingibile al reo, domandare il sequestro ». E in fine nel § 384 si dispone che « all'attore compete il diritto di fare che la sua ragione sui beni immobili del reo convenuto sia prenotata nei pubblici registri a ciò destinati, affinchè sino alla decisione nessuno gli venga preferito, o conseguisca a di lui preferenza il diritto di proprietà; per il che gli competerà in forza di ciò condizionato diritto d'ipoteca, il quale, semprechè la pretensione venga in seguito liquidata, avrà il suo vigore dal giorno della registrazione in avanti. »

Questa legge c'insegna che si può ottenere la proprietà d'un bene immobile col provvedimento interinale del pegno pretorio, il quale nel caso speciale di quei §§ attribuisce all'attore col primo decreto e colla prenotazione un diritto d'ipoteca (1).

Lo stesso può avvenire nel caso nostro. Il surrogato dalla legge, producendo la quitanza del pagamento, può col metodo ordinario della prenotazione ottenere un suppegno sull'inscrizione del credito dimesso. La legge delle prenotazioni lo concede espressamente (nostri §§ XXXII, XXXIV, XXXVII e XL); e il Regolamento giudiziario concede lo stesso diritto a chi vuol ottenere il pegno pretorio.

L'effetto di questo suppegno sarà poco o nulla diverso da quello che si otterrebbe con un sequestro o con un annotamento di cessione: poichè il surrogato non ha mestieri d'altro che d'impedire al creditore la manomissione del credito dimesso e della relativa inscrizione.

Ma può ancora provvedere più efficacemente al suo interesse colle pratiche ulteriori. Imperocchè egli nella petizione giustificativa può chiedere non solo l'annotamento di conferma della prenotazione ottenuta, ma con ciò stesso domanda che sia giudicato, essere egli surrogato per legge nel credito originario inscritto; quindi può chiedere che quell'annotamento di conferma sia preso, non per l'effetto del suppegno, ma per l'effetto

(1) Abbiamo veduto nel § IX, n. 3 e 4, come talora il pegno pretorio col primo decreto attribuisca l'ipoteca.

della surroga. Il giudice che ha riconosciuto formalmente il suo diritto, non può rifiutargli questa necessaria e posteriore sanzione.

Può taluno opporre che il surrogato, col produrre la semplice quitanza per la prenotazione, dimostra bensì d'aver tacitato il creditore, ma non ancora d'averselo obbligato come debitore. Rispondiamo colle cose dette in avanti. Il pagamento per sè solo non prova altro che l'estinzione d'un credito. Ma il pagamento fatto da un terzo prova che il pagatore ha diritto alla surroga. È la legge che lo dice. Colla quietanza prova egli dunque questo diritto: e questo diritto è creditorio. Il pagatore ha acquistato un credito verso il creditore, limitato al credito dimesso: ma comunque limitato, questo diritto del pagatore è un credito, è un'azione creditoria, come si suol dire, appunto perchè il pagatore ha affidato il suo danaro per avere la surroga. S'egli dunque può chiedere la prenotazione e ottenere *ex primo decreto* un suppegno, rimane guarentito contro le possibili molestie dei terzi; e dopo il secondo decreto, ossia dopo aver fatto riconoscere in un formale giudizio la liquidità del suo diritto alla surroga, può nell'annotamento di conferma tramutare quel suppegno in un vero subingresso.

30. Poco stante abbiamo veduto gli effetti civili della cessione. Or vediamo quelli della surroga.

Nel § 1422 del Codice civile, dopo aver la legge concessa la surroga al terzo, il quale col consenso del debitore costrinse il creditore alla dimissione, stabilisce le conseguenze giuridiche di ciò con dire: « in questo caso non è però responsabile il creditore della verità del credito, nè che esso sia esigibile, se non quando sia intervenuto dolo. » Questa disposizione comprende due oggetti, l'uno dei quali non possiamo accettare, perchè ripugnante al senso morale, e alle precise disposizioni di altre leggi dello stesso Codice. Accettiamo che il creditore dimesso non sia tenuto al surrogato per la esigibilità del credito: non accettiamo senza alcuna riserva l'altro dettato ch'egli non sia tenuto nemmeno della *verità* del credito. Avvegnachè se il credito dimesso dal terzo era fittizio e insussistente affatto, il terzo pagatore non si può dire surrogato, perchè la surroga suppone qualche cosa di surrogabile, come il pagamento suppone, pel § 1412 dello stesso Codice civile, la prestazione di quanto è dovuto. Or se nulla è dovuto al creditore, questi non merita nemmeno questo nome; il suo credito è un nulla, la surroga è impossibile, il pagamento degenera in un fatto materiale che non estingue ciò che non esiste; quindi al pagatore rimane il diritto di ripetere le cose sue colla azione personale, che gli antichi denotavano col nome di *condictio indebiti* (1); perciocchè il fatto materiale della prestazione del danaro non dovuto toglie al pagatore ogni intendimento di pagamento e di surroga; egli non ha

(1) De Olea, *de cess. iur.* tit. 5, quæ. 4, n. 45 e 46. Art. 1376 e 1377 Cod. Napoleone.

veramente acconsentito a ciò che non era ne'rapporti di fatto: il suo consenso e il suo fatto si revoca, *causa data et causa non secuta*. Egli avrà errato credendolo creditore; ma nel § 1431 del menzionato Codice è detto precisamente: se per errore, quand'anche fosse un errore in diritto, alcuno avrà data una cosa a chi non avea diritto di esigerlo da lui, si può di regola domandare la restituzione della medesima.

La lezione di quel § dev'essere dunque emendata, e lo può essere ricorrendo al testo originale (1), nel quale invece della parola *verità* del credito, doveasi adoperare quella di *giustizia* del credito (Richtigkeit) (2). Ci rimane adunque il meno difficile precetto che il creditore dimesso non sia responsabile della giustizia del credito.

Ma si può ancora osservare come mai un credito ingiusto meriti il nome e la virtù di credito in faccia alla legge? Questa non può certo contravvenire ai riguardi inevitabili della giustizia; anzi nello stesso § che comentiamo vi si tributa un solenne omaggio, ritenendo responsale il creditore del dolo commesso. Spiegheremo adunque il senso di quell'espressione con dire che il pagatore d'un debito altrui non ha diritto al regresso verso il creditore, quand'egli avesse pagato nel caso che il pagamento si può per sè medesimo sostenere civilmente. Un esempio ci sarebbe arrecato nel seguente § 1432, per il quale non può ripetersi ciò che fu pagato per un debito estinto in forza della prescrizione, o invalido soltanto per difetto di formalità, o per esigere il quale la legge non nega che il diritto di promuovere l'azione, come sarebbe nel caso d'un debito per giuoco o scommessa, secondo i §§ 1271 e 1272 dello stesso Codice civile. In questi casi il diritto del creditore sarebbe civilmente ingiusto, cioè inefficace: eppure chi ha pagato, sebbene non costretto, non può ripetere ciò che volontariamente ha dato: il fatto suo gli nuoce. Nel mentre che nella superiore obbiezione dicemmo che pagando un credito inesistente in genere sia per l'azione, sia per l'eccezione, il terzo potea essersi ingannato.

Però col suddetto § 1432 osserviamo che la falsità del credito dovrebbe essere positivamente dimostrata dal pagatore, e non semplicemente coll'eccitare il creditore a provare il suo credito: perchè ivi si dice che non si può ripetere ciò che fu pagato per un credito invalido soltanto per difetto di formalità; quindi si suppone che il credito non si potesse provare per mancanza di appositi documenti; eppure il creditore potea esser tale veramente; potea è vero soccombere sotto le negative avversarie; ma potea anche incontrare un debitore di buona fede che non avrebbe negato la verità, sebbene non provata per altri. Se perciò il creditore fu pagato, non può dai terzi essere molestato da poi per restituire ciò che gli fu dato in giusta soddisfazione del suo credito. Al pagatore adunque,

(1) Al quale si dee ricorrere per giudicare delle versioni fatte nelle altre lingue: sovrana Patente 1 giugno 1811, in fine.

(2) Basevi, *annotaz.* al § 1422, Cod. civ. aust.

diciamo col § 1422, non può giovare la semplice eccezione dell'ingiustizia o inesistenza del credito.

La legge esonera il creditore dimesso dal garantire e indennizzare il surrogato per l'inesigibilità del credito, ossia per l'insolvibilità del debitore. In questo consiste la più caratteristica diversità della surroga verso la cessione; della quale dissimo il contrario (1). E la ragione della differenza si ripone in ciò, che per la surroga il creditore avanti tutto riceve dal terzo il pagamento di quanto gli è dovuto, e non lascia al pagatore se non quelle azioni e quei diritti, che son buoni a realizzare il credito tal quale si trova. Egli è già molto che il suo diritto a costringere il debitore al pagamento sia limitato per riguardi d'equità dall'obbligo di surrogare a questo modo il terzo. Il suo diritto è anteriore e prevalente a quello dell'estraneo: e questi imputi a sè medesimo se si obbligò, o volle prestarsi volontariamente a pagare ciò che non avria potuto agevolmente riscuotere dal debitore (2).

37. Riesce però alquanto difficile l'apprezzare questa virtù differenziale della surroga e della cessione nei varii casi pratici. Poichè si può spesse volte dubitare, se insieme al pagamento si fosse conceduta la cessione piuttosto che la surroga: e può quindi avvenire che si domandi: se il creditore sia tenuto o no alla esigibilità del credito trasferito nel pagatore. La disputa può riescire perciò in pratica di gravissimo momento. Ben è vero che in tesi astratta è presto detto che la cessione deriva dalla volontà del creditore, e la surroga emana dalla legge, ed è una forma d'un diritto proprio del pagatore d'un debito altrui. Ma siccome il creditore anche nel caso della surroga è obbligato dalla legge a quitanzare il pagamento e a cedere il suo diritto a chi lo fa; e a consegnargli i mezzi conservativi e assicurativi della surroga, così può ognidì accadere che in questo suo atto di quitanza e di prestazione dei mezzi della surroga si dubiti forte se avesse voluto acconsentire alla cessione, piuttosto che obbedire strettamente alla legge. La disputa può versare adunque nell'interpretare questo atto volontario del creditore, se si possa qualificare come attributivo d'una cessione, o come dichiarativo ed accessorio della surroga.

Nella giurisprudenza francese questa disputa non ha un interesse pratico così grave; perchè tanto nella cessione, che nella surroga, il creditore non è tenuto a garantire l'inesigibilità del credito senza un'espressa stipulazione (3): solo vi rimarcano qualche differenza nel caso dell'inesistenza del credito: perchè se si tratta di cessione, il cedente sarebbe obbligato a restituire, secondo Gauthier (4), tutto ciò che avesse ricevuto dal ces-

(1) Vedi sopra, num. 12 e seg.

(2) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, chap 5, n. 158, Gauthier *subrogation*. n. 8

(3) Vedi sopra num. 12 e 36, Toullier. *droit civ* loc. cit. num. 119, Gauthier, *subrogation*, num. 85-91.

(4) Gauthier, *subrogation*, num. 99

sionario cogli interessi del capitale; se si tratta di surroga dovrebbe il creditore di buona fede restituire solo ciò, con cui si sarebbe arricchito. Tenuissima differenza. Ed anche in riguardo a ciò non ci ajuta la legge francese in alcun modo, o con alcun criterio distintivo: anzi accrescerebbe il nostro imbarazzo con quella sua surroga convenzionale, stabilita nell'articolo 1250, e diversa almeno di nome dalla cessione o vendita del credito, modulata nell'articolo 1689 e seguenti del Codice Napoleone. Quella surroga convenzionale sarebbe quasi per nulla diversa dalla cessione, perchè risulta « quando il creditore ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga nei suoi diritti, azioni, privilegi ed ipoteche contro il debitore.» Anzi si esclude espressamente che sia una vera surroga, cioè quella che la legge attribuisce al terzo, come pagatore d'un debito altrui, perchè richiede la legge che essa debba essere fatta contemporaneamente al pagamento. La cosa è pianissima: la cessione vera deve essere fatta quando il creditore è ancora creditore, cioè prima o nell'atto del pagamento. Se la legge esclude che questa surroga possa essere fatta dappoi, la ragione è evidente; ed è perchè il pagatore non avea all'atto del pagamento alcun diritto suo proprio, eccetto la facoltà di rifiutarsi al pagamento stesso (se estraneo al debito), o quelle facoltà che gli avesse concesso il creditore quand'era ancor tale. Toullier è presto d'accordo con noi(1). Dissentono Troplong (2) e Gauthier con altri (3), non in ciò che essi non vi veggano una scarsissima analogia, ma nel volerle tuttavia distinte, perchè il loro Codice civile le ha distinte. Ella è questa una petizione di principio; essendo che si domanda appunto per qual ragione quel Codice ha distinto in due una cosa che in natura non appare distinta; perchè volle formare due specie di convenzioni che hanno gli identici effetti. Se in quella surroga convenzionale avesse voluto modulare una vera surroga, dovea permettere che si facesse anche dopo il pagamento. Se avesse voluto modulare la vera cessione come ogni altro contratto di compra e vendita, dovea sottomettere il cedente in linea generale al regresso per l'inesigibilità del credito, come dissimo di sopra nel num. 12. Ma parificando nell'effetto la cessione alla surroga, e togliendo a questa la sua vera natura caratteristica di poter esser fatta in qualunque tempo, fecero nascere i compilatori del Codice Napoleone due sconci egualmente gravi: l'uno di avere eguagliate due cose che sarebbero di natura loro distinte: l'altro di avere distinto nominalmente ciò che in fatto aveano confuso insieme.

Consapevoli del resto i giureconsulti francesi della naturale differenza che ci ha tra la surroga e la cessione, ingaggiarono in proposito una

(1) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit 3, chap. 5, n. 119. vedi in Gauthier, *subrogation*, n. 89 e 602, de' giudicati recenti e delle decisioni amministrative.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 355, bis.

(3) Gauthier, *subrogation*, n. 84 e seg. Langlade, *Repert.* v. *subrogation*, Mourlon. *examen crique*, n. 322.

disputa che può essere di piena attualità per noi, ma per essi ha quasi nessuna importanza, perchè non accusano la loro legge con quella libertà, che noi stranieri ad essa ci permettiamo.

Quindi venendo alla nostra quistione, diciamo ch'ella verte specialmente sull'interpretazione dell'atto di surroga concesso dal creditore. Ma dubitiamo che sieno qui applicabili le regole ordinarie dell'interpretazione dei contratti in genere. Nei contratti unilaterali, dice il § 915 del nostro Codice civile, si suppone in dubbio che la persona obbligata abbia voluto incaricarsi piuttosto del peso minore che del maggiore, e nei bilaterali le espressioni ambigue s'interpretano contro di quello che ne fece uso.

Imperocchè rinasce tuttavia la quistione sotto questa nuova forma: se quest'atto sia unilaterale o bilaterale. La cessione è certamente bilaterale, perchè il terzo paga colla condizione di acquistare il credito, e il creditore accetta il pagamento coll'obbligo corrispettivo della cessione; ma è dubbio se la surroga sia unilaterale. Certo è che non è una liberalità del creditore, come non è un necessario corrispettivo ad un pagamento che fu già fatto, o a cui il pagatore era già di per sè stesso obbligato. Questi non ha obbligato il creditore a questo corrispettivo, ma quegli deve prestare le sue azioni per il principio pratico che si dee dare ad altri ciò che a sè non nuoce. Il pagamento è un fatto compiuto, e la surroga nasce per occasione di quello nel pagatore, senza la volontà del creditore. Questi deve prestare i mezzi della surroga, non la surroga stessa; e prestandoli non presta un corrispettivo del pagamento che gli è già dovuto per il suo credito. Nella quitanza del pagamento, non ci ha dunque a vero dire un atto bilaterale od unilaterale: epperciò non possiamo ancora stabilire se le espressioni ambigue si debbano interpretare in danno od in favore di chi le ha adoperate. Considerando però con discreta attenzione la natura giuridica della vera cessione, possiamo in alcuni casi escluderla, e interpretare la quitanza e la cessione delle azioni come una semplice surroga.

A modo d'esempio proponiamo il caso, in cui questa cessione ambigua fosse stata fatta alcun tempo dopo il pagamento, senza che il creditore si fosse riferito a qualche promessa, che avesse fatto al momento di ricevere il danaro. In questo caso la cessione non si potrebbe sostenere come tale, perchè il creditore non poteva cedere ciò che più non gli apparteneva, e non fece altro che dichiarare e confermare il diritto della surroga, già prima acquistata al pagatore. La cessione sarebbe allora degenerata in surroga (1). Un altro esempio avressimo nel quale la cessione non potrebbe sostenersi, quando cioè il tutore avesse quitanzato e ceduto, mentre non avea altra facoltà che quella di esigere il pagamento (2).

E siccome nella vera cessione deve campeggiare indubbiamente l'ele-

(1) Gauthier, *subrogation*, n. 95, tratta di questa incompatibilità nel caso opposto della surroga alla cessione.

(2) Gauthier, *subrogation*, n. 125.

mento volontario, per ritenere obbligato il creditore come cedente deve apparire aver egli avuto una intenzione diretta, in modo che dall'atto della quitanza e della cessione si potesse ragionevolmente presumere non aver egli avuto un'altra causa determinante. Mi spiego: se il terzo avesse offerto volontariamente il pagamento, e avesse detto di surrogarlo, o cedergli i suoi diritti, dovrebbe questa ritenersi una vera cessione, e il cedente rimarrebbe obbligato all'esigibilità del credito. Poichè da una parte la proprietà delle parole adoperate poco concluderebbe in questo argomento; perchè la nostra legge nei §§ 1358, 1422 e 1423, ove allude apertamente alla surroga, adopera promiscuamente le parole *subentra, cedere, cessione*; e la legge francese adopera la parola *subingresso convenzionale* per dinotare la semplice cessione, come vedemmo testè. Or nessuno potrà pretendere che i privati cittadini s'adoperino con un linguaggio legale più esatto che la legge non faccia.

D'altra parte poi, siccome la surroga suppone che ci sia una necessità legale per l'uno dei contraenti, diremo che, se le parti s'avvicinarono senza un apparente necessità, senza che l'una fosse stata costretta dall'altra, si devono ritenere come volontarii e liberi contraenti; e che questo contratto sia una cessione, un contratto bilaterale, nel quale le espressioni ambigue si debbono pel § 915 del Codice civile interpretare contro di chi le avesse profferite. Che se apparisse che o il creditore o il pagatore fossero stati costretti, l'uno a ricevere, l'altro a fare il pagamento, avressimo allora una surroga. Bisognerebbe però dimostrare che questa necessità non fosse semplicemente ideale, ma concretata per qualche atto: come se, per esempio, il creditore avesse costretti al pagamento i fidejussori, i correi ecc. mediante regolare azione prodotta e combattuta in lite, e avesse quitanzato il pagamento in seguito alla favorevole sentenza. Allora si vedrebbe che suo scopo fu di ottenere il pagamento, come intendimento degli obbligati fu quello di sottrarvisi, e che in fine la legge e il giudice s'intromisero a determinare la volontà di costoro.

Così si dica se il terzo col consenso del debitore avesse costretto il creditore a ricevere il pagamento.

Ma se al contrario non concorresse questa od altra consimile circostanza, è supponibile che la libera volontà di chi dà e di chi accetta il pagamento abbia pure influito come causa motiva della cessione. Qui ci sarebbe un concorso di volontà che costituisce il contratto di cessione: cioè la effettuazione del pagamento, e la simultanea cessione delle azioni.

Poco importa che la legge nelle sue disposizioni prestabilisca il diritto alla surroga: ella non impedisce che il creditore ceda volontariamente il suo credito al pagatore. E quando non concorrano circostanze particolari ad escludere questa presunzione di volontà, manifestata questa sufficientemente nella scrittura di cessione, sembrami che non si debba allegare una necessità giuridica come causa motiva dell'atto di cessione, la qual causa è sempre remota e non esclude la causa prossima della libera vo-

lontà del cedente. Tanto più che essendo quella più favorevole al creditore, perchè non importa l'obbligo della garanzia, era cosa facile ed importava di allegarlo come unico motivo impellente; e se egli lasciò che si sospettasse aver volonterosamente ceduto, imputi a sè stesso l'oscurità e l'ambiguità delle sue espressioni. A questa conclusione s'oppone Gauthier (1), e può aver ragione se risponde per la sua legge positiva, perchè l'articolo 1162 del suo Codice civile dice che in dubbio la convenzione s'interpreta contro colui che ha stipulato (quindi il cessionario o il surrogato), ed in favore di quello che ha contratta l'obbligazione. Ma questo criterio d'esegesi legale non varrebbe nella nostra pratica contro il preciso tenore del § 915 del nostro Codice civile.

28. Finora abbiamo discorso del subingresso nel credito ipotecario per il titolo singolare contrattuale della cessione, e per il titolo pur esso singolare della surroga legale.

Ma v' hanno altri titoli trasmissivi del diritto ipotecario, che non si contengono in una forma specifica e distinta: e sono quelli che abbracciano un' ordine più ampio di diritti, tra i quali come accessorii si trasmettono anche i crediti ipotecarii. Tali sono le eredità, le sostituzioni ereditarie, i legati, la vendita di una massa di cose. L'erede instituito, il sostituito, il legatario, il compratore, acquistando i beni d'una successione o d'una università qualunque, acquistano implicitamente quei diritti creditorii che in esse si comprendono.

L' idea dell'eredità implica quella della cessione, perchè *nihil aliud hereditas est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit* (2). E soggiunse Brunneman: *ratio est quia actiones sunt quasi accessiones rerum aliarum et censentur in bonis esse* (3).

Il titolo della trasmissione dei crediti per essere universale non cessa d'essere un titolo volontario, che dipende da un contratto o da un atto d'ultima volontà, e quindi presta all'atto del trasferimento il carattere della cessione, e non quello della surroga; quantunque il compratore dell'eredità, il sostituito, il legatario possano costringere l'erede instituito a cedere loro qualche diritto creditorio (4): epperciò osservava De Olea *quia origo negotii semper debet attendi* (5). Per la qual cosa, e per il Diritto austriaco in ispecialità (6), il titolo della cessione può essere *espresso* non solo, ma ben'anco tacito e sottinteso. È sottinteso nella trasmissione di una massa di cose e diritti; è sottinteso anche in alcun'altra trasmissione di cose speciali, come pel legatario di uno speciale credito, al quale

(1) Gautier, *subrogat.* n. 96.

(2) Leg. 24, Dig. *de verbor. signific.* §§ 531 e 532, Cod. civ. aust.

(3) Brunneman, *de cess. act.* cap. 3, n. 1, Chiesi, *sist. ipot.* n. 491.

(4) De Grassis, *de cession. iur*, § 6, n. 1, Iac. De Arena *de cession.* rubr. 6, n. 65, De Olea, *de cession.* tit, 4, miscell. num. 1-22, Brunneman, *de cess. act.* cap. 3, n. 1 e seg.

(5) De Olea, *de cess, iur.* tit. 1, quæ. 3, num. 58.

(6) Vedi sopra al num. 17, e seg. il principio superiore della surroga, che costituisce il titolo tacito anche della cessione.

la volontà del testatore presta le azioni, supplendo implicitamente alla volontà dichiarata dell' erede (1). È sottinteso nel contratto di società, in virtù del quale il socio è tenuto a comunicare al socio i crediti contratti (2). È sottinteso nel mandato, pel quale il procuratore e l' amministratore devono cedere i diritti acquisiti al mandante (3).

L' erede, il socio, il procuratore, l'amministratore senza mandato, sono costretti a cedere in virtù del contratto o del fatto volontario: quindi inferiamo che un siffatto titolo è volontario, e la trasmissione dei diritti è cessione, piuttosto che surroga.

Lo stesso si deve dire di coloro che sono tenuti a cedere o l' eredità, od una cosa posseduta non secondo il diritto, in favore o del vero erede o del proprietario (4). Il fatto della loro detenzione costituisce la causa prima volontaria di questa trasmissione, che perciò chiamasi cessione.

In questi casi quegli che è obbligato a cedere è cessionario, e come tale è tenuto agli obblighi del cessionario, e quindi a garantire la esigibilità del credito, in quanto almeno la condizione del medesimo non fosse stata peggiorata per sua colpa.

L'assegno giudiziale è egli a considerarsi come una surroga, ovvero come una cessione? Quegli che ottenne a carico del suo debitore un assegno sopra un suo credito avrà egli diritto a ripetere dal medesimo ciò che gli importa d' avere nel caso che il credito assegnato fosse inesigibile in tutto o in parte? Risponde la legge del Regolamento giudiziario al § 407: « il reo sarà tenuto per la liquidità del suo credito assegnato all'attore, salvo che qualora fosse divenuto litigioso il credito, e l'attore avesse tralasciato di denunziare la lite al reo medesimo come autore. » Però questa limitazione non vuol essere assoluta, perchè nel § 931 del Codice civile, ove si tratta dell'evizione, si dispone che omettendosi la denunzia il creditore non perde perciò il diritto d'essere tenuto indenne, ma il di lui autore può opporgli tutte le eccezioni non fatte contro il terzo, e può essere liberato dall'obbligo dell' indennizzazione, in quanto venga giudicato che in forza di quelle eccezioni, se fossero state opportunamente fatte, si sarebbe in concorso del terzo pronunziata una diversa sentenza.

« Il reo convenuto, si aggiunge col § 408 del Regolamento giudiziario, *sarà tenuto per l'esigibilità del credito assegnato all'attore sino al tempo in cui cade l'esazione*, ovvero il pagamento del credito. Questa responsabilità cessa quando l'attore in allora non lo esiga o riceva regolarmente· per la qual cosa il reo convenuto sino alla scadenza del credito assegnato al suo creditore è autorizzato ad impiegare i mezzi occorrenti all'oggetto di assicurare lo stesso credito. »

(1) Gli antichi dicevano che in questo caso il legatario avesse la *cessio a lege* : M. Merlin, *de pign.* lib. 2, tit. 1, q. 34, num. 1, De Olea, *de cess. iur.* tit. 6 q. 6, n. 13, e tit. 7, quæ. 1, n. 4

(2) De Grassis, *de cess.* § 6, n. 2.

(3) De Grassis, *de cess.* § 6, n. 3 e 4.

(4) Brunneman, *de cess*, cap. 3, n. 3, 4. 12, 17, 57-60

È dunque stabilito nettamente che l'assegno giudiziale ha gli effetti della cessione in quanto il creditore assegnato è tenuto verso l'assegnatario per la verità o liquidità e la esigibilità del credito assegnato. Questa dottrina è poi confermata viemmeglio nel seguente § 409. « Ogni qualvolta il credito assegnato sarà divenuto controverso, ... l'attore potrà esecutare altri beni di ragione del primo suo debitore » (1).

Non vediamo perciò come Basevi dicesse essere diversa la disposizione del succitato § 408 del Regolamento giudiziario da quella del § 1398 del Codice civile, relativa quest'ultima all'esigibilità della cessione, e che quella legge più antica fosse derogata da questa (2). Imperocchè tanto nell'una che nell'altra legge il cessionario e l'assegnatario non hanno diritto all'indennizzo per l'insolvibilità, se dopo la scadenza il credito divenne insolvibile. L'unica differenza consiste nelle espressioni: perchè nel Codice civile si dice non risponsabile il cedente *se al tempo della cessione il credito era esigibile, e non può in seguito per caso fortuito o per colpa del cessionario ottenersene il pagamento.* Nel Regolamento giudiziario si dice che l'assegnato creditore *sarà tenuto per l'esigibilità sino alla scadenza del credito,* e in quanto (invertiamo la proposizione letterale), e in quanto l'assegnatario lo esiga regolarmente. Ma si può tosto commentare questa legge colla precedente dicendo non responsabile colui, se in seguito per caso fortuito o per colpa del cessionario non si può ottenerne il pagamento.

L'identità di quelle leggi è dunque perfetta nella sostanza loro, e l'assegnamento giudiziale si parifica alla cessione contrattuale; nel che conviene d'altronde lo stesso comentatore.

Non varrà l'opporre che questo assegno come giudiziale non sia volontario, e mancandogli l'elemento necessario alla cessione, non si possa uguagliarlo a questa. Perchè tosto si rileva che senza ricorrere a quella finzione giuridica, che il giudice supplisce colla sua autorità alla volontà del creditore, per un diverso motivo si addiviene alla stessa conclusione. E di vero il cedente è tenuto alla esigibilità del credito, perchè pei principii generali del contratto oneroso è tenuto a mantenere all'acquirente l'utilità della cosa ceduta; l'assegnato tanto nell'assegno *pro solvendo,* che in quello *pro soluto,* è tenuto a pagare il suo debito originario; quindi è tenuto a dare al suo creditore un'utilità corrispondente, che è pure a regolarsi come ogni altro corrispettivo, e può dar luogo ai rimedii ordinarj dell'evizione.

39. Rimane a chiedere quale effetto può avere la surroga in riguardo ai terzi: e prima ancora dobbiamo cercare da quali formalità dev'essere accompagnata per ottenere la più certa efficienza.

(1) Così fu pur giudicato nella sentenza 23 marzo 1853 dell'Appello lombardo: Gazzetta de' tribunali di Milano, anno 3, 1853, n. 61.

(2) Basevi, *annotazioni*, al § 1398, num. 2. Cod. civ. aust.

Come dissimo della cessione, nemmeno per la surroga prescrive la legge che debba essere costantemente confortata d'alcuna forma. In questo riguardo il surrogato si trova nella condizione medesima del cessionario (1). Valgano adunque le avvertenze che abbiamo fatte di sopra (n. 8-10) nell'interesse di costui, circa la tradizione dei documenti comprovanti il credito dimesso, la prova del titolo, l'annotamento in margine all'inscrizione assicuratrice del credito stesso, e la notifica da farsi al debitore.

Però ci ha qualche differenza in rapporto alla prova del titolo. Avvegnachè il titolo immediato della surroga nasce dalla legge: ma questa non la concede se non al pagatore d'un debito altrui. Bisogna dunque constatare indubbiamente due cose: il fatto del pagamento, e quello del pagamento d'un debito altrui: ossia colla quitanza del pagamento deve il surrogato produrre due altre prove: quella di aver pagato con danari proprii, o almeno con danari non avuti dal debitore, e di aver pagato in nome proprio, o almeno non in nome del debitore.

È cauto, come suggerisce Gauthier, che il surrogato accerti eziandio la data del pagamento (2).

Il surrogato al pari del cessionario approfitta delle inscrizioni prese dal creditore originario, come quelle che bastano a conservare l'ipoteca a suo vantaggio e in confronto ai terzi non direttamente interessati per un interesse inconciliabile ad oppugnare la surroga: non importando a costoro di conoscere precisamente a chi appartenga il credito inscritto; purchè conoscano che un credito ci sia, e per l'inscrizione affetti la proprietà del debitore (3). La surroga è efficace e sostituisce il pagatore estraneo al creditore dimesso in virtù della legge soltanto (4).

Se del credito antico non esistesse alcuna inscrizione, il surrogato, come rappresentante legale del creditore in riguardo al credito stesso, è autorizzato a prenderla egli stesso o in nome del creditore, o sotto il proprio nome, menzionando nelle note il titolo ipotecario autentico dello stesso credito, e l'atto, pure autentico, dal quale in lui proviene il carattere di surrogato. In questo ultimo modo allontanerebbe il pericolo, che il creditore dimesso facesse cancellare per malizia l'originaria inscrizione; e a questo fine deve anche non ommettere la rinnovazione decennale (5). Imperocchè qualunque credito ipotecario dev'essere inscritto in tempo utile e col suo titolo originale e autentico (6).

La surroga starebbe anche senza un suo speciale annotamento di subingresso: ma sarebbe necessaria come cautela per impedire le cancellazioni acconsentite dal creditore dimesso (7); e le ulteriori cessioni, surroghe o suppegni.

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 377.

(2) Gauthier, *subrogation*, n. 134 e 291.

(3) Gauthier, *subrogation*, n. 398.

(4) Gauthier, ibid. num. 134, 291 e 398.

(5) Toullier, *droit. civ.* liv. 3, tit. 3, chap. 5, num. 168, Troplong, *des priv. et hyp.* n. 377.

(6) Merlin, *Repert* v. *subrogation des personnes*, sect. 2, § 8, n. 9.

(7) Troplong, ibidem

Per praticare questo annotamento, o per domandare l'inscrizione originaria in suo proprio nome, basterà forse che il surrogato produca la quitanza in forma autentica, nella quale il creditore dimesso non gli avesse ceduto espressamente le sue azioni, e non lo avesse abilitato ad inscriversi? Pare che basti, perchè nel § XXVI vedemmo che la legge esige soltanto la presentazione e la menzione del titolo autentico, da cui nasce il diritto alla inscrizione: e da ciò possiamo inferire che la quitanza, in virtù della legge operante, sia per sè stessa il titolo della surroga.

Vedremo nel seguente § LIV della necessità inerente alla denuncia da farsi al debitore.

40. Quale sarà, domandiamo, l'efficacia della surroga concessa per una sola parte del credito in confronto del creditore originario o di altri suoi surrogati o cessionarii, nel caso che la somma esatta nel pagamento non eguagliasse il valor nominale dell'intero credito?

A differenza di quello che dissimo nell'argomento della cessione (1), la soluzione di questa tesi dipende dal principio negativo, che il surrogante creditore non è tenuto nè della giustizia, nè della esigibilità del credito, se non in quanto sia colpevole di dolo (num. 36). Onde comunemente si stima che il creditore dimesso, nel caso in cui tutto il credito non si potesse esigere per la totalità, nella parte esigibile saria da preferirsi al surrogato (2); perchè quando concesse la surroga non fece altro che ricevere da un terzo quello che allora avria potuto esigere dal debitore, e cedette poscia le sue ragioni, perchè costretto di dare ciò che a lui di rimando non nuocesse; e non saria discretezza, non che giustizia, che quel paziente creditore, che prima s'accontentò d'un parziale pagamento e diè tempo per il resto, avesse poscia a perdere il fatto suo (3).

Questa conclusione è adottata nell'articolo 1252 del Codice Napoleone con dirvisi, che la surroga non può nuocere al creditore quando questi non fu pagato che in parte: in tal caso egli può far valere le sue ragioni per il restante che gli è dovuto, in preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento parziale (4).

Se il creditore dimesso parzialmente avesse ceduto il residuo, il surrogato in confronto al posteriore cessionario non potrebbe vantare diritti maggiori di quelli che aveva contro il creditore dimesso prima della cessione. Il cessionario rappresenta il cedente per la sua diretta volontà e mandato, e ne esercita quindi tutti i suoi diritti, e non essendo con lui obbligato a prestare l'esigibilità al surrogato, gli verrebbe nella totalità della sua porzione preferito. Invano si addurrebbe la contraria opinione

(1) Vedi sopra num. 13, 14 e 15.

(2) Mourlon, *examen critique de Troplong*, n. 330, Toullier, *droit civ.* liv. 3, til. 3. ch. 5, n. 169, Troplong, *du cautionnemt*, n. 367, *des priv. et hyp.* n. 378.

(3) Gauthier, *subrogation*, n. 14, 34, 64.

(4) Al quale corrispondono esattamente gli art. 1342 del Cod. albertino, art. 1205 del Cod. delle due Sicilie, art. 1289 del Cod. parmense, art. 632 del Cod. ticinese, art. 1307 del Cod. estense

di Merlin (1) e di Toullier (2); l'ultimo dei quali insegnava: essere affatto personale al creditore originario questo suo privilegio; poichè qui non si tratta d'alcun privilegio personale o reale, ma soltanto di vedere e stabilire che il primo surrogato parziale non ha una surroga efficace come sarebbe la cessione. E questa conclusione è d'altronde accreditata presso Troplong (3), Gauthier (4), Mourlon (5) e Chiesi (6).

Questo beneficio secondo Mourlon e Chiesi (7) si dovrebbe concedere anche al secondo surrogato, come quegli che avrebbe dimesso il residuo credito nella vista appunto della sua più certa esigibilità, e pel principio generale che il surrogato si reputa subentrato in tutte le ragioni, e azioni, e nella posizione medesima del creditore dimesso. E di vero, siccome il creditore del residuo era preferito al surrogato parziale: così il surrogato al residuo credito, rappresentando il creditore in quella sua ultima favorevole posizione, dev'essere preferito al surrogato anteriore.

§ LII.

Il grado anteriore d' un' ipoteca può essere rinunziato dal creditore a favore di un altro creditore ipotecario. Può ancora essere trasferito dall' uno all' altro credito o per convenzione tra creditore e debitore, come nel caso della novazione, o per convenzione tra più creditori aventi ipoteca sullo stesso fondo.

Arg. dai §§ 1375-1378, 1393 *e* 1444 *del Codice civile austriaco.*

SOMMARIO.

1. Del subingresso nel grado ipotecario, che può avvenire in quattro maniere.
2. Della semplice rinuncia: se totale, ossia per l'ipoteca; se parziale, ossia solo in favore del creditore posteriore.
3. La trasposizione del grado ipotecario dall'un credito all'altro può ottenersi colla novazione.
4. Ragione di questa specie di subingresso.

(1) Merlin, *Repert.* v. *subrogation*, sect. 2, § 8, n. 8.

(2) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, chap. 5, num. 170-171.

(3) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 379.

(4) Gauthier, *subrogation*, n, 68 e 69.

(5) Mourlon, *examen critique*, n. 350.

(6) Chiesi, *sistema ipotec.* num. 543.

(7) Nei luoghi citati.

5. Può ottenersi colla postergazione. Della sua differenza pratica colla semplice rinuncia.
6. Può ottenersi colla surroga conceduta dal debitore. Sua natura giuridica secondo il Diritto romano rilevata dai quattro suoi requisiti.
7. Critica della giurisprudenza e della legislazione francese che non la compresero, ma la regolarono come fosse una specie di surroga nel credito ipotecario, e non nel solo grado ipotecario.
8. Sua entità razionale, e sua liceità simile a quella della novazione.
9. Della surroga legale nel grado ipotecario nel caso di conflitto tra l'ipoteca collettiva e le speciali. Remissive.

1. Colla dottrina del subingresso nel credito ipotecario abbiamo veduto come il credito stesso si può realizzare economicamente, dimettendo il creditore e invitando altri capitalisti a sostituirsi in di lui luogo; e come per tal maniera il primo creditore ne va soddisfatto, e al debitore si assicurano per un tempo maggiore i beneficii del credito fondiario. Però con queste operazioni l'interesse, ossia l'attività economica del creditore e del debitore non è per anco esaurita; ma può dispiegarsi in molti altri modi, che si trovano sistemati da due altre provvidenze giuridiche, le quali vengono sotto i nomi di subingresso nel grado ipotecario, e di suppegno.

Il subingresso nel grado ipotecario avviene quando si comunica ad un credito ipotecario il grado di un'altra ipoteca.

A chi non è versato nella pratica degli affari può sembrar duro l'intendimento di questa possibilità giuridica; perchè il grado non solo, ma fin'anco l'ipoteca, sono cose che non stanno da sè medesime; ma come accessorie al credito, non si ponno cedere e utilizzare senza di esso. Tutti sanno cosa sia il subingresso nel credito ipotecario: ma subingredire in una prerogativa accessoria che non stà da se, senza pur succedere nel principale, senza acquistare il credito, può parere una vana costruzione di concetti vuoti di senso, e inaccettabile se non come una delle molte aberrazioni della pratica giurisprudenza.

Noi non vorressimo certo sorpassare sul principio a questa gravissima e pregiudiziale eccezione, se non avessimo speranza di superarla gradatamente, distinguendo le cose più facili dalle più difficili ad osservare e ad acconsentire.

Pertanto dividiamo il nostro processo investigativo in quattro momenti, in ciascuno dei quali poniamo una specie distinta di questo genere di subingresso. Alla prima assegniamo quella che deriva dalla rinuncia dell'antecedente creditore alla sua priorità ipotecaria in vantaggio d'un susseguente creditore. Alla seconda quell'altra che crediamo di ravvisare nella novazione d'un credito ipotecario. Nella terza quella che si chiama postergazione; e nell'ultima la surroga che si dice concessa dal debitore.

2. Se l'ipoteca collocata in un grado precedente svanisce o per l'estinzione del credito o per la negligenza del creditore, l'ipoteca posteriore da seconda divien prima, la terza divien seconda, e per tal modo tutte le altre ipoteche inscritte sul medesimo si spostano migliorando di grado, e si verifica una successione dell'una ipoteca nel grado della precedente. Se l'estinzione della prima ipoteca o la perdita del suo grado avviene indipendentemente dalla volontà del creditore, ha pur luogo questo spostamento dei gradi assortiti alle seguenti: ma di questo effetto, come naturalissimo ed evidente, non merita che noi ci occupiamo qui. Noi parleremo piuttosto del caso in cui avvenisse per la volontà diretta del creditore, il quale rinunciasse al suo diritto ipotecario e alla sua prerogativa di prelazione.

Che egli possa rinunciarvi, chi vorrà mai dubitarlo? Nei §§ 467 e 1444 del Codice civile austriaco è pur detto che il creditore può rinunciare legalmente al suo diritto sulla cosa impegnata, e che in tutti i casi, in cui egli può alienare un suo diritto, può anche rinunziarvi in favore del suo debitore. Ma non basta. Egli può rinunziare non solo al suo diritto creditorio ed ipotecario, ma può rimettere anche la prerogativa della priorità ipotecaria: remissione che entra nel campo di tutti i suoi atti volontarii. Perocchè nel concetto del diritto e della facoltà morale stà racchiusa l'idea di esercitarla o non esercitarla. Può il creditore trascurare la rinnovazione decennale e perdere la priorità originaria. Può egli non dissentire ad una domanda di cancellazione della sua ipoteca: può lasciar collocare altri nel giudizio d'ordine ad un posto migliore del suo: può infine far tacere la voce del suo interesse, che è l'anima di tutta la sua vita giuridica. Può dunque rinunciare semplicemente al grado della sua ipoteca.

Ma questa sua rinuncia può essere o generale, a favore cioè di tutti i creditori inscritti sul medesimo fondo, o particolare ad alcuno di essi. Può egli rimettere al debitore la sua ipoteca, o patteggiare d'essere collocato dopo tutti gli altri creditori, o trascurare la rinnovazione entro il decennio e inscriversi nuovamente dopo tutti gli altri: e può ancora rinunciare parzialmente in prò d'un solo creditore. Quest'ultima specie di rinuncia si risolverebbe in un patto di non chiedere la collocazione ipotecaria prima del nominato creditore: e questi può valersene in ogni caso, come d'una eccezione personale contro il promissore: può valersene contro i cessionarj, i surrogati e i suppegnatarj del credito postergato, quando sulla inscrizione del primo credito avesse fatta menzione della prerogativa che fu concessa a lui: può valersene contro gli altri creditori inscritti, in quanto che essi non hanno interesse d'impedire che sia pagato il secondo nel luogo del primo, quando essi non ne risentissero un'aggravio.

Questa rinuncia che il primo creditore facesse del suo grado in prò d'un seguente creditore può essere espressa e tacita. La rinuncia tacita si può dedurre, secondo il § 863 del vigente Codice civile, da atti tali

che, ponderate tutte le circostanze, non lascino alcun ragionevole motivo di dubitarne. Un caso notevole sarebbe quello in cui il primo creditore avesse permesso al debitore di ipotecare lo stesso fondo ad un'altro suo creditore.

Ma in proposito di questo caso disputarono gli antichi se questa tacita rinuncia fosse generale, cioè estintiva dell' ipoteca, o particolare ad un solo creditore. Due leggi romane ci aveano apparentemente contraddittorie. Paolo avea scritto: *Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam* (1). E Marciano avea diversamente insegnato: *si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate: secundus potior erit.* Questo è l' effetto immediato della rinuncia in prò di colui, in favore del quale fu interposta. *Pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quæritur.* O in altre parole: il primo creditore per aver rinunciato al secondo, s'intenderà egli aver rinunciato in prò degli altri creditori? *Erit autem facti quæstió agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit alii obligari hypotecham: an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constituatur* (2). Ella è una quistione di fatto, e in dubbio le rinuncie non si presumono e coll'interpretazione si restringono. *Si facti quæstio est*, sono parole di Mercuriale Merlino, *regula erit, ut non censeatur plene renunciatum esse plenariæ hypothecæ, sed egeat facti probatione, ut scilicet videatur si constet actum esse ut discedatur ab hypotheca in totum: quæ enim facti sunt probanda sunt ab eo, qui in facto se fundare debet* (3). Questi principii sono abbastanza elementari perchè non fossero accetti universalmente: come si può vedere da ciò che fu scritto presso la Glossa (4), Saliceto (5), Neguzanzio (6) e molti altri (7) fino a Richeri (8) e Carozzi (9); i quali per ciò inferivano distinguendo: o il primo creditore acconsenti che il debitore ipotecasse lo stesso fondo ad un creditore nominato, e la rinuncia

(1) Leg. 12. Dig. *quibus. mod. pign. solv.*

(2) Log. 12 § 4 Dig. *qui potiores in pign.*

(3) Merc. Merlino, *de pign.* lib. 4 tit. 1. quæ. 48, num. 4 e nel til. 3 quæ. 109.

(4) Glossa in leg. *Paulus*, 12, Dig *quib. mod, pign. solv.* verbo *remisisse.*

(5) Salycet, in leg. fin. Cod. *de remiss. pignor.*

(6) Neguzant. *de pignor*, par. 6, mem. 3 num. 13; che aggiunge: *et iste intellectus nullam habet difficultatem, et ab omnibus approbatur.*

(7) Fulgosio, in leg. 12 § 4 Dig. *qui potiores.* Surdo *decis.* 163. num 10 e 11, Bersan. *de contractib.* quæ 42, num. 6 e 7, *de viduis* cap. 2, quæ. 17, n. 10 et seg. Card. De Luca, *de credit.* disc. 4 n. 3, disc. 34 e disc. 33, n. 6, Salgado. *labyr. credit.* par. 3 cap. 13 § unic. De Olea, *de cession jur.* tit. 6, quæ. 6. n. 11, Cyriac. *Controvers* 344. n. 2 e 4. Fabro, in Cod. lib. 8, lit. 15, def. 5. Mascardo *de probation.* v. *pignus*, conclus. 1178 n. 41 e 42, Zoesio, in pand. tit. *quib. mod. pign. solv.* num. 13. Voet, in pand. tit. *qui potiores.* num. 33, et tit. *quibus mod. pign. solv.* num. 15.

(8) Richeri, *jurisprud.* vol, 9, § 1330.

(9) Carrozzi, *giurisprud. del Cod. austr.* vol 10, cap. 4, del Dir. di pegno, n. 16 e 17.

non si estende ad altri: *quia actus agentium non debent extendi ultra eorum intentionem* (1); ovvero ha egli acconsentito in genere, senza designare quel creditore cui volesse limitare la sua condiscendenza, ed allora s'intendeva aver egli rinunciato affatto alla sua ipoteca (2). Se egli ha indicato di voler favorire il tal creditore, gli altri non se ne potrieno avvantaggiare, e il creditore favorito non può chiedere se non ch'egli non gli faccia concorrenza. Se egli invece ha pattuito solo in prò del debitore, siccome a questi interessa di avere il fondo libero quanto meglio si può, s'intende avere il medesimo ottenuto ciò che gli interessa, cioè la totale liberazione della di lui ipoteca.

2. Il secondo modo col quale si verifica il subingresso nel grado ipotecario è quello della novazione del credito ipotecato. Nei §§ 1376-1379 il Codice civile austriaco ci dà materia di questa conclusione. La novazione si ha, secondo questa legge, allorchè tra il creditore e il debitore si cangia il titolo legale e l'oggetto principale del credito, e per conseguenza *subentra alla precedente una nuova obbligazione*. In forza di questo contratto la precedente obbligazione principale si estingue, e ne incomincia contemporaneamente una nuova. Colla novazione si estinguono i diritti di sicurtà, di pegno, ed altri congiunti alla precedente obbligazione principale, *a meno che le parti non abbiano altrimenti stabilito con ispeciale convenzione....* In dubbio la precedente obbligazione non si reputa tolta finchè può ancor bene sussistere colla nuova.

Colla novazione si ha dunque un subingresso di due crediti, e quando vi ha una speciale convenzione, al secondo credito si conservano le ipoteche accessorie al credito precedente. Rileviamo il fatto legislativo, la disposizione pratica della legge; constatiamo che ad un nuovo credito si può aggiungere l'ipoteca inerente ad un credito precedente che fu estinto ad un credito la cui ipoteca non si estingue, se così è voluto dal creditore e dal debitore insieme. Vedremo tosto qual largo sussidio ritrae da ciò l'assunto del presente nostro paragrafo.

Questa disposizione legislativa non è particolare al Diritto austriaco: essa fu tratta dal Diritto romano. Perocchè abbiamo da Scevola questo responso. Tizio condannato ad una somma dovuta a Seja per causa della tutela, le diede in ipoteca tutti i suoi beni presenti e futuri: i quali egli obbligò dappoi al fisco per un mutuo. Pagò a Seja una parte del debito, e promise la somma residua *novatione facta*, e in questa promessa similmente convenne l'ipoteca come sopra. *Quæsitum est an Seja præferenda sit fisco, et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit? Item in his rebus quas post priorem obligationem adquisivit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit: nihil proponi cur non*

(1) Arg. dalla leg. 19, Dig. *de rebus cred. si certum petatur.*

(2) I succitati, meno Carozzi.

sit præferenda (1). E Papiniano con quel suo tatto squisito ne dava la ragione legislativa: *superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit*, TANQUAM IN SUUM LOCUM SUCCEDENTI (2).

Anche nella legge francese coll'articolo 1278 si dispone egualmente che i privilegi e le ipoteche del credito anteriore non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatta espressa riserva. Ma non si ha cura di qualificare nettamente la novazione come il subingresso di un credito in un altro, come fecero la nostra e la romana legislazione. Però nell'articolo 1271 dello stesso Codice vi si accenna con dire, che la novazione si fa quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale *viene sostituito* all'antico che rimane estinto (3).

Se noi facessimo astrazione da questa qualifica, non potressimo giammai supporre che, estinto l'un credito, possa sopravivere la sua ipoteca a beneficio di un altro credito. Se invece supponiamo che fosse una specie di subingresso, possiamo tantosto vedervi una saliente analogia col subingresso nel credito ipotecario; ed allora diressimo: in quel modo che colla cessione e colla surroga non si estingue il credito, ma trapassa dall'un creditore nell'altro: nello stesso modo il creditore può far succedere un credito ad un altro, *quando fa ciò per dimettere quell'altro credito*. Se il credito primitivo fosse stato soddisfatto senz'altro, sarebbe caduto affatto; ma se quel credito si estinse perchè fu innovato e trasformato in un altro, allora il primo credito non sarebbe stato tolto del tutto, ma solo mutato nella sua forma; ma prima e contemporaneamente e dopo la sua estinzione ne sarebbe pur rimasta la sostanza, quantunque diversamente modulata dalle nuove convenzioni del contraenti. Il debitore è rimasto debitore, quantunque il suo debito avesse cangiato di forma: non diversamente che nel caso d'una cessione o d'una surroga, in cui si cambiarono le persone dei creditori, ma non ancora la forma e la sostanza del credito. Questo è il primo e più risentito carattere d'analogia che ci ha tra la novazione e il subingresso nel credito. Però colla riserva dei pegni anteriori, di cui si parla nella legge francese e nell'austriaca, non vogliamo acconsentire che ci sia un subingresso nel credito ipotecario. Un subingresso vi ha, ma è solo nel grado della precedente ipoteca.

Avvertasi bene che se il credito posteriore può dirsi succeduto al cre-

(1) Leg. 21, Dig. *qui potiores in pignor.* Così anche Ulpiano in leg. 11, § 1, Dig *de pignor. action*, e Gordiano imperatore nella leg. unic. Cod. *etiam ob chir. pecun.*

(2) Leg. 3, e leg. 12, § 5, Dig. eod. tit. Da questi testi la *communis sententia* dei seguenti Neguzant. *de pignor.* par. 5, mem. 2, num. 13, et par. 6, m, 3, n. 1 e 2. Franc. Balduin, *de pignor.* cap. 19 e 20, M. Merlin. *de pignor.* lib. 4, tit. 2, quæ. 57, num. 1, Donell. *de pignor.* cap. 13, Voet, in pand. *qui potior. in pign.* num. 32, Mantica, *de tacit. et amb.* lib. 11, tit. 28, n. 17, Richeri, *jurisprud.* vol. 9, § 1579.

(3) A questi articoli 1271 e 1278 corrispondono gli art. 1225 e 1232 del Cod. siciliano; art. 1363 e 1370 del Cod. albertino, art. 1254 e 1260 del Cod. parmense, art. 642 a 646 del Cod. ticinese, art. 1331 e 1339 del Cod. modenese.

dito innovato, per la sola novazione non s'intende confermata e trasportata al novello credito l'anteriore ipoteca. Le leggi moderne il dissero: senza una riserva espressa quell'ipoteca s'estingue coll'estinguersi del credito anteriore. Ma si avverta ancora, che non basterebbe nemmanco questa riserva per conservare l'ipoteca primitiva, e con questa riserva non si otterrebbe un vero subingresso nella medesima. Perocchè il credito colla novazione è estinto, e non può quindi conservarsi un'ipoteca che è di sua natura un accessorio d'un credito. Accessorio alcuno non ci ha senza un principale. Quella riserva per sè sola importerebbe un controsenso; poichè si direbbe estinto il credito anteriore, ma non ancora estinto il suo accessorio. Nè mi si opponga che col subingresso ordinario l'ipoteca antica sta, comunque si muti la persona del creditore. Perchè, se questo è vero, non è altrettanto concludente. E diffatti in quel caso mostrammo che colla successione dei creditori si mantiene lo stesso credito, si mantiene lo stesso rapporto creditorio, sebbene l'uno de' suoi termini sia rappresentato da più persone successivamente. Ma nel caso nostro non si tratta di ciò: si tratta niente meno che di un caso nel quale si trasformò questo rapporto creditorio in un altro di natura affatto diversa. E la diversità d'ogni credito dipende dalla diversità del titolo. Mutato che sia il titolo precedente, il credito che ne dipendeva non è più, ma un altro vi subentrò in suo luogo. Invece che nel caso della surroga col pagamento fu dimesso il primo, e la qualifica di creditore passò in chi fece il pagamento del debito altrui; ma un debito ci avea, e fu conservato tal quale. Potea dunque trasferirsi nel surrogato coll'ipoteca accessoria. Al contrario nella novazione il credito anteriore è estinto: tutte le legislazioni esaminate lo dissero: per essa si estingue insieme l'anteriore ipoteca. Avviene per essa una successione d'un titolo all'altro, d'un credito all'altro; ma non ancora si conservò l'ipoteca del credito innovato.

Cosa vuol dire adunque che le leggi moderne attribuirono una tanta virtù alla riserva convenzionale? Ella è questa una formalità che ne comprende delle altre. Imperocchè gli antichi ci mostrarono l'origine di questo ente giuridico, e coll'origine sua ajutarono grandemente la nostra investigazione. Essi non parlarono punto nè poco di questa riserva. Ma Scevola disse: *et reliquam summam, novatione facta, eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit.* Non parlò adunque d'alcuna riserva, ma d'una nuova obbligazione di pegno. Così Papiniano: *novatione postea facta, pignora prioribus addidit:* col che suppose che l'ipoteca fosse stata nuovamente promessa. Ed Ulpiano parimenti, anzi più chiaramente: *novata autem debiti obligatio, pignus perimit: nisi convenit ut pignus repetatur.* Nè con diverso intendimento insegnava Gordiano, *ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur* (1). Non bastava

(1) Succitate leggi.

dunque per gli antichi che il creditore innovante avesse fatta una riserva della precedente ipoteca; ma volevano che questa fosse novellamente pattuita. E pattuita che fosse, stabilirono che lo stesso creditore si dovesse reputare come succeduto a sè medesimo, e nel grado dell'anteriore ipoteca. Dunque per la novazione ci avea un subingresso d'un credito ipotecario in un altro credito ipotecario; più un subingresso d'un posteriore credito ipotecario nel grado dell'ipoteca anteriore d'un altro credito. Ma la prima specie non è un vero subingresso, è piuttosto una successione d'un credito all'altro: ella si deve dunque eliminare; e quindi ci rimane l'altra specie di cui trattiamo, cioè un vero subingresso d'un credito ipotecario nel grado ipotecario d'un altro credito.

Dicemmo che il credito e l'ipoteca anteriore furono distrutti colla novazione, e che la semplice riserva non può produrre un effetto contrario a quello che è essenziale alla novazione stessa, e se lo producesse, sarebbero cose l'una coll'altra contraddittorie. Dobbiamo dunque scomporre quella formalità in più d'una, e ad una di esse far produrre un effetto, che non sia punto contraddittorio al fatto della novazione.

Diremo perciò che le leggi moderne col prescrivere quella riserva avessero voluto piuttosto sottintendere che le parti pattuissero una novella ipoteca, e che l'effetto di questa pattuizione fosse quello di conservare il grado dell'ipoteca precedente, ossia che l'ipoteca novella fosse come sostituita all'ipoteca precedente.

Opporrà taluno più d'un'eccezione. Questa riserva non può equivalere alla pattuizione d'una nuova ipoteca, perchè la legge conserva l'ipoteca precedente senza prescrivere alcuna nuova inscrizione, senza della quale quel patto non avrebbe alcun effetto reale. Ma rispondo che non è altrimenti necessaria l'inscrizione della riserva, o titolo ipotecario novello che si voglia dire, perchè l'inscrizione del credito anteriore può essere sufficiente alla pubblicità del credito innovato. La novazione importa una successione di titoli creditori, ma è un fatto all'intutto particolare ai contraenti; e il § 1379 del Codice civile austriaco dice che essa sia efficace contro i terzi, finchè non vengono a sopportare per essa un nuovo peso. L'inscrizione è preordinata dalle leggi moderne per l'indennità dei terzi: appena che questi sieno avvertiti d'un onere reale, non importa loro gran fatto di sapere per qual titolo creditorio sia stato imposto.

Si osserverà ancora che questa novella pattuizione implicita od espressa potrà valere se fosse stata fatta ed inscritta nel tempo che il fondo ipotecato fosse passato in potere di un terzo possessore. E noi diremo francamente il nostro parere: se una vera novazione ci fu, il credito anteriore fu distrutto, e l'ipoteca accessoria non potè più oltre sussistere, e il possessore ne rimane liberato. Gli antichi non avriano dubitato un momento in questa conclusione, perocchè essi dissero espressamente che l'ipoteca anteriore si conserva, quando insieme alla novazione del credito si pattuisce novellamente l'ipoteca sugli stessi beni. E pur vedemmo le

tante volte che nessuno di regola generale può ipotecare i beni di pertinenza altrui. Ed egualmente vedremo in avanti, quando parleremo della surroga conceduta dal debitore, come per gli stessi antichi, il debitore medesimo non potesse surrogare il terzo possessore, se avea cessato di possedere i beni sui quali cadeva l'ipoteca, nella quale lo voleva surrogato.

La nostra legge e la francese tacciono, e quindi non ismentiscono questa nostra conclusione. Solo aggiunge il § 1379 del nostro Codice civile che in dubbio la novazione non si presume, finchè la precedente obbligazione può ancor bene sussistere colla nuova. Ma se ci fosse stato una vera novazione, non sapressimo declinare da quel parziale corollario.

4. Dicendo però noi che quando nella novazione si è fatta la stipulazione d'una nuova ipoteca, e quindi la riserva dell'ipoteca anteriore, avvenga una specie di subingresso del credito ipotecario posteriore nel grado di una precedente ipoteca, non abbiamo dimostrato sufficientemente la ragione superiore che giustifichi, e faccia altrui capace della sua possibilità logica e giuridica. Se l'un credito succede all'altro è però distinto da quello: se l'ipoteca dell'uno è distinta da quella dell'altro, non può aver le prerogative di quella. La priorità è conseguenza della realità, e questa è la natura essenziale dell'ipoteca: come avviene adunque che colla novazione, colla successione d'un credito all'altro, la seconda ipoteca consegua la prerogativa della precedente? Come avviene mai questo subingresso nel grado? come si può dire con Bartolo: *pignora in obligatione novante repetita, intelliguntur repetita cum privilegio prioritatis* (1)?

Già lo dicemmo, e amiamo ripeterlo, che la riserva fatta nella novazione della precedente ipoteca non attribuisce al credito risultante dalla novazione stessa se non un subingresso d'una sua propria ipoteca nel grado della precedente. Non concediamo che avvenga un subingresso nel credito ipotecario; perchè l'effetto essenziale del subingresso è di mantener vivo il credito anteriore, il quale nel caso nostro appunto si estingue. Non concediamo nemmeno che con questa riserva si mantenga l'anteriore ipoteca e si trasporti al nuovo credito, perchè nessuna ipoteca si può trasportare da un credito all'altro; essendochè nell'atto del trasportarsi deve distaccarsi dal credito precedente, e distaccandosi dal suo principale, l'accessorio perisce issofatto. Constatiamo perciò che per mero abuso di linguaggio si può dire che l'ipoteca si possa cedere e trasportare da un credito all'altro, o da un creditore all'altro senza l'accompagnamento del credito; del qual abuso non seppero astenersi i prammatici, non esclusi coloro che non lasciano troppo desiderare nei loro scritti la proprietà del dire, la concisione delle idee, e il possesso dei principii superiori della giurisprudenza (2). Noi designiamo questo vano formalismo, come affatto

(1) Bartol. in leg. 3, Dig. *qui potiores in pignor.*

(2) Abuso accusato anche da Gauthier, *subrogation*, n. 502 e 579 e nel quale incor-

intollerabile coi principii primissimi della dottrina ipotecaria: avvegnachè con esso si personifichi l'ipoteca, come fosse una cosa affatto distinta dal credito e dalle condizioni estrinseche, dalle quali qualsivoglia diritto non può dirsi indipendente nella sua efficacia: con esso si dimentica la sua origine morale, come quella che dal consenso ha origine, e col contrario consenso si estingue; la si astrae dalla sua destinazione, ossia dal credito al quale è accessoria, e senza del quale è un nulla: la si foggia e si colora come fosse un'arma che la mano impugna ed avventa, e non già come un membro che dal restante corpo del diritto non si può disgiungere senza che sia disfatto da subita morte. Ond'è che noi conchiuderemo cogli antichi: *cum principalis causa non consistat, ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent* (1); estinto il credito, cade pure insieme l'accessoria ipoteca, che da per sè sola non si può cedere e trasferire (2).

Si potrebbe riproporre quell'argomento sotto una forma diversa, non però meno speciosa. La novazione, si direbbe, non estingue affatto il credito primitivo, ma devesi considerare come una trasformazione del credito primitivo, potendo taluno rimanere creditore dell'egual somma quantunque mutasse il titolo giuridico. Un mutuatario per esempio col consenso del creditore impiegherebbe il capitale in un'impresa industriale commune con esso lui, ed innovando il titolo rimarrebbe pur sempre debitore, e rimarrebbe la primitiva ipoteca, come sistemazione di quella medesima legge del credito che ha continuato ad operare tra di essi.

Ma gli è pur sempre vero, avvertiamo noi, che colla novazione si creò un novello credito, e si estinse l'antico, e sebbene la legge naturale del credito avesse continuato a funzionare tralle stesse persone, ha però continuato con una successione di atti distinti, in modo che l'effetto dell'uno cessò quando subentrò il secondo. L'ipoteca non si concede in genere per tutte le possibili operazioni di credito, ma soltanto per quelle che possono derivare da un atto prestabilito come causa delle operazioni future, ed è ciò che si dice il titolo creditorio: come mostrammo nel § VI della Parte prima. Questo argomento è dunque perfettamente identico al precedente, e l'obbiezione non può essere diversa.

Però con queste premesse i creditori intermedii tra il credito innovato e l'innovante niegherebbero all'autore della novazione ch'egli potesse conseguire il grado dell'ipoteca sua anteriore, che fu tolta di mezzo appunto colla novazione. Sia pure, direbbero, ch'egli avesse pattuita o riservata una nuova ipoteca: questa non potrà mai fungere le veci della precedente, e subentrare perciò nel suo grado medesimo, in quel modo stesso che il credito novello succedette al credito innovato. Imperocchè

sero tra i moltissimi anche De Olea, *de cession. jur.* tit. 6, quæ. 6, n. 11, M. Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 5, quæ. 126, et lib. 2, til. 1, quæ. 35. Nippel, *comento* al § 454, n. 7, *Cod. civ. aust.* e Mourlon, *examen crit. au comm. de M. Troplong.* n. 391.

(1) Paolo, in leg. 178, Dig. *de reg. jur.*

(2) Glossa in leg. fin. Cod. *de hered. vel act. vend.* Jacob. de Arena, *de cession. jur.* rubric. 4, num. 58, Gallerat, *de renunciat.* lib. 1, cap. 4, num. 130, tom. 1.

l'equazione dal subingresso del credito a quello delle ipoteche non è perfetta. Il secondo credito succedette al primo senza rappresentarlo, e la seconda ipoteca non può essere affatto eguale alla prima nell'importante prerogativa del grado.

Parmi tuttavia che questa differenza si possa giustificare con un più spinto esame del principio che informa la prelazione ipotecaria.

Constatiamo infatti che la presente ricerca, secondo i termini ai quali l'abbiamo ridotta, si risolve in una quistione di priorità. Perciocchè il creditore colla riserva fatta nell'atto di novazione acquistò pure una novella ipoteca, e con ciò si trova nell'attualità creditore ipotecario in riguardo ai terzi, e può quindi con essi e contro di essi venire sul fondo. Egli può opporsi contro i creditori le cui ipoteche fossero posteriori alla novazione; e può ancora disputare il terreno della priorità ai creditori aventi un'ipoteca intermedia tra la sua ipoteca originaria e l'ipoteca della novazione. Non niegheremo la verità obbiettiva della regola generale che la prelazione ipotecaria discenda, come un corollario della realità (§ XLVII num. 1); e che perciò due ipoteche contratte in tempi diversi debbano riescire diverse quanto al grado. *Qui prior in tempore, potior in jure.* Ma questo attributo della realità ipotecaria non è un attributo essenziale all'ipoteca stessa: non è d'ordine pubblico; ma può per l'interesse e per la volontà dei particolari liberamente rinunciarsi. Il creditore che si pospone agli altri creditori, non perde ancora la sua ipoteca.

Nello stesso modo può il creditore trasportare questa prerogativa ad altri crediti ipotecarii, in quanto non venga ad offendere i diritti acquisiti dai terzi. A costoro non può importare che il creditore precedente realizzi colla sua ipoteca il credito suo o quello di un altro, purchè la sua ipoteca sussista, e non si adoperi oltre la sua misura. Invano opporrebbero i posteriori che il credito di quell'ipoteca originaria colla novazione fu tolto e con esso cessò l'ipoteca stessa: con questa obbiezione si fermerebbero in una perpetua petizione di principio; poichè si domanda ancora se colla novazione non possa il creditore pattuire una novella ipoteca, e riservare a questa il grado dell'ipoteca anteriore. Egli è inutile d'avvertire che noi qui prescindiamo dalla legge positiva. Noi qui supponiamo che si trattasse d'una legge da farsi, per indi conoscere la ragione della legge già fatta e vigente. Nell'ipotesi che una siffatta legge non esistesse, e l'anteriore creditore dubitasse di perdere la prima ipoteca colla novazione, egli se' ne asterrebbe, e lascerìa sussistere il primo credito colla sua ipoteca. Ma l'attività economica importa che il creditore possa convenire col debitore per la novazione, ossia trasformi il credito antico in un novello senza perdere le sue garanzie. In quel modo che nella cessione e nella surroga il credito originario non fu tolto col pagamento, ma fu conservato in beneficio del pagatore, senza che i terzi potessero disconoscere questo subingresso, così non ci ha motivo di essere più severi in questa contingibilità economica, che il creditore voglia trasformare il suo credito

sotto una nuova specie, o pattuire una nuova ipoteca colla priorità della prima. In questo caso non avressimo, è vero, un subingresso nel credito, perchè il credito anteriore fu tolto: non avressimo un subingresso nell'ipoteca anteriore, perchè quella fu tolta colla perenzione del credito; ma avressimo un subingresso del nuovo credito e della nuova ipoteca nel luogo del credito ipotecario innovato. Se il creditore non potesse utilizzare il suo credito antico colla novazione, se ne sarebbe guardato, e i terzi si sarebbero conservati nella precedente loro condizione. Ma potendo egli innovare il credito ipotecario conservando il grado anteriore senza nuocere ai terzi, cioè lasciandoli nella pristina loro condizione, non ci ha ragione d'impedirnelo. Non s'oppone l'interesse dei terzi, perchè la loro condizione non ne rimane deteriorata. Non s'oppongono i principii generalmente ricevuti nella giurisprudenza, perchè la prelazione temporale è bensì un attributo naturale della realità dell'ipoteca, ma non è un attributo essenziale, cui non si possa derogare colle private convenzioni. La massima *qui prior in tempore potior in jure* è un corollario della realità, ma non è della essenza dell'ipoteca; essa è piuttosto un corollario del principio sommo del *neminem lædere*; non si tolga a nessun creditore la sua ipoteca e il grado relativo: ma se con una convenzione qualsiasi non si offende alcun interesse, ella è essenzialmente lecita. La libertà personale è diritto in tutto ciò che non nuoce ad altrui: tutti i contratti in genere sono gravidi di antorità e di diritto quando non nuocciono ad altri e non offendono la pubblica ragione. Il lasciare al creditore di sostituire colla novazione e colla riserva un credito ipotecario nel luogo medesimo occupato da un altro credito ipotecario, non ripugna nè all'idealità fondamentale dell'ipoteca, nè all'interesse dei terzi. Leciti sono dunque questi patti: giuridica è dunque questa libertà del creditore: meritava adunque che ricevesse la sanzione della legge civile (1).

5. Con questi medesimi principii si può giustificare il patto, che volgarmente si chiama col nome di *postergazione*, e si stringe quando il creditore ipotecario anziano conferisce al posteriore creditore, avente ipoteca sopra lo stesso fondo dopo altri creditori intermedii, il diritto di godere della prelazione attribuita alla sua ipoteca anteriore.

Utilissimo è l'uso di questo patto nei rapporti della famiglia e del commercio; egli si presta mirabilmente nella fluttuazione del credito personale a comunicare ad altri meno fiduciosi capitalisti la sicurezza reale dell'antico creditore. Coll'ipoteca si ravvicinano delle persone sconosciute, perchè la legge naturale del credito, opportunamente sistemata con essa, può operare piuttosto sulla proprietà che sulla fede personale. Ma dopo questi fortuiti incontri tra il creditore e il debitore nascono e s'assodano

(1) Vedasi nel seguente num. 8 una dimostrazione più radicale di questo medesimo soggetto in proposito della surroga del debitore.

degli amichevoli sentimenti, e la generosa fiducia mantiene per l'avvenire il rapporto creditorio senza il sostegno di alcuna artificiale garanzia. Questo non è l'ultimo dei beneficii arrecati dall'instituzione ipotecaria: perchè ravvicina gli uomini, e ravvicinati suscita in loro quei sentimenti fratellevoli, che sono il più saldo cemento dell'edifizio civile.

Subentrando nel rapporto creditorio la personale fiducia, la libertà economica del debitore può avvantaggiarsene, quando il creditore gli acconsentisse di contrarre de' nuovi prestiti ipotecarj, non già coll'esibire ai sovventori la propria ipoteca o col rinunciarvi, ma permettendo che la novella ipoteca offerta dal debitore potesse essere preferita sulla propria.

Questo patto è simile alla rinuncia del grado ipotecarto, della quale dissimo innanzi; non è però identico: come si può vedere per queste due ipotesi diverse. Il fondo ipotecato è valutato a 100. Tizio è primo creditore ipotecario per 40: Cajo viene secondo per 40: Sempronio è richiesto della sovvenzione d'una simile somma. Se Tizio rinuncia semplicemente al suo grado in favore di costui, l'ultimo sarebbe pagato dopo il secondo, ma sempre in grado utile, non avendo a patire la concorrenza del primo; anzi toccherebbe la somma che spetterebbe al primo in preferenza al secondo, perchè, la rinunzia parziale fa sì che il terzo rimuova il secondo dal primo grado, per essere egli affatto estraneo a quel patto (1). Ma supponiamo che in questo caso chi ha rinunciato al grado avesse poscia rinunciato alla stessa ipoteca, o l'avesse lasciata perimere e cancellare; siccome allora il creditore diverrebbe primo, così il terzo diverrebbe secondo per proprio diritto, senza aver d'uopo dell'ottenuta rinuncia del grado. Questa è assorbita dalla rinuncia più radicale dell'ipoteca stessa.

Supponiamo per seconda ipotesi che sul medesimo fondo di 100 Tizio fosse inscritto per 20, Cajo per 90, e fosse richiesto Sempronio per 20. Se Tizio rinunciasse semplicemente al suo grado in favore di Sempronio, questi essendo primeggiato da Cajo non si terrebbe al sicuro. Abbisognerebbe perciò di subentrare nel grado di primo creditore, nel grado dell'ipoteca di Tizio. Ma per subentrarvi bisogna cercare due cose: s'egli possa subentrarvi, ed in qual modo efficace lo possa.

Gli antichi non esitarono ad affermare la possibilità giuridica di questo patto, come produttivo d'un vero subingresso nel grado ipotecario dell'una per l'altra ipoteca. De Olea con mano maestra lo caratterizza scrivendo: *quod creditor prælationis jus alteri posteriori creditori recte cedere potest, manente credito et hypotheca* (2).

E il suo illustratore, Cencinio d'Arezzo, aggiungeva a modo di corollario:

(1) Veggasi nel seguente § LXXIV, n. 5, la famosa quistione della legge *Claudius Fælix*, che è analoga a questa contestazione.

(2) De Olea, *de cess. jur.* tit. 6, quæ. 6, num. 11.

neque intelliges primum succedere in locum tertii ex ejus jure et persona, sed suo proprio jure: cioè il primo, dopo pagato il terzo, ricupera il suo credito su quel che rimane nel primo grado e in quello del terzo. *Nam licet primus cedat et transferat prælationem suam in tertium, tamen tertius nihil transfert in primum, neque ipse ejus juribus indiget: nam cum non transtulerit in tertium creditum suum, nec jus pignoris vel hypothecæ, sed tantum prælationem, sequitur ut dimisso prius tertio, et deinde secundo, recte suam pignoratitiam actionem exerceat contra debitorem* (1).

Lo stesso Cencinio ci esibisce la ragione giustificativa di questo subingresso, che non è diversa da quella che noi assegnammo alla specie precedente della novazione. *Ex qua locorum permutatione inter primum et tertium nullum secundo damnum infertur; quia cum primus esset secundo potior, pro quantitate verbi gratia 100, nihil ei interest, ut ille ex ea exigat prius a debitore, an exigatur a tertio* (2).

Nè sul principio giustificativo, nè sul modo che possa rendere efficace questa specie di subingresso, non trovo parola nella legge austriaca, nè nella francese o nelle italiane; ma perciò non si può dubitare della liceità sua a sensi di quella ragion naturale, che è legge in difetto della legge positiva. Lo stesso principio, che vedemmo giustificare il subingresso operato colla novazione, sussidia anche questo subingresso, e in un modo assai più facile. Avvegnachè il primo creditore conservando la propria ipoteca può disporre delle sue prerogative come meglio gli talenta, e in favore di chicchessia. Egli può non solamente rinunciare alla sua priorità in vantaggio del terzo, ma può commettergli di ricevere quel danaro che a lui di preferenza saria pervenuto. Se egli ha la disponibilità delle cose, può conchiudere qualunque specie di contratti, ed obbligarsi in qualsivoglia modo. Egli può alienare il credito ipotecario, può suppegnarlo ad altri, può rinunciare e al credito e all'ipoteca, può favorire piuttosto l'una che l'altra persona. Può insomma disporre de' suoi diritti, e le sue convenzioni devono avere effetto tra i contraenti, quando non arrechino alcun danno ai terzi.

Come dovrà essere fatto questo subingresso per ottenere la massima efficacia? Fra i contraenti basterebbe che constasse della volontà del promissore, e dell'accettazione dell'altra parte. Avvertiamo però con Basevi che si deve agire molto cautamente nella stipulazione di questo patto (3); perchè non lo si confonda con la semplice rinuncia, e non si trovi il subentrato disilluso della sua aspettativa, quando il primo creditore avesse chiesta o acconsentita la cancellazione della sua ipoteca.

L'utilità di questo patto della postergazione, per mantenersi contro i

(1) Cencin. *addition. aur. ad De Olea tract. de cess. jur.* tit. 6, q. 6, n. 11.

(2) Id. ibidem.

(3) Basevi, *annotazioni*, al § 453, Cod. civ. aust.

terzi cessionarj o surrogati, o per impedire la cancellazione, dovrebbe apparire non solo dall'inscrizione del credito favorito dalla postergazione, ma eziandio in margine all'inscrizione postergata, affinchè il conservatore sia messo in avvertenza di non cancellarla in di lui danno, o i terzi non sieno tratti in errore credendola efficace dalla sua data (1).

6. Annoverando noi nel § precedente le varie specie di surroghe introdotte ed usitate dalle altre legislazioni, abbiamo accennato, ma non ci siamo intrattenuti d'una specie importantissima, quale è quella che si dice conceduta, non dal creditore, ma dallo stesso debitore: e preferimmo di trattarne in questo luogo, ove ragioniamo del subingresso nel grado ipotecario: ed a disegno: perchè crediamo che quella specie sia piuttosto una surroga nel solo grado prelativo, e non già una surroga nel credito ipotecario. Per dimostrare questa nostra opinione dobbiamo cercare come si ottenesse nelle estranee legislazioni codesta surroga, poscia indagare la essenza, indi rilevarne il fondamento logico, per giungere da ultimo al quesito: se dessa sia tollerabile sotto l'attuale reggime legislativo.

Trasportiamoci al tempo in cui vigeva presso di noi il Diritto comune: e poniamo la seguente specie di fatto.

Cajo è debitore a Tizio di lire 2000, cogli interessi annui di 5 lire ogni 100, e a Mevio di un'altra ugual somma, sopra una possessione, il cui valore non basta a coprire quest'ultimo debito. Importunato da Tizio il debitore ricerca da Sempronio a mutuo la medesima somma, e questi gliela offre cogli interessi più miti del 3 per 100: ma vuole una idonea ipoteca. Tizio non vuole cedere le sue ragioni a chicchessia. Se egli fosse dimesso senza prestare la cessione, Mevio diverrebbe primo creditore, e il fondo non basterebbe all' idonea cauzione desiderata da Sempronio. Questi come pagatore terzo ed estraneo al debito non avea per la legge d'allora la surroga *ipso jure*. Ma fu provveduto in un'altro modo a quest'emergenza, concedendosi al debitore la facoltà di surrogare il terzo sovventore nei diritti del creditore anziano: col che gli si procacciavano molti vantaggi in una volta: dandogli abilità di dimettere un creditore fastidioso, d'impedire fors'anco una maliziosa espropriazione, e di cangiare un debito gravoso in un'altro più mite (2). Ecco in qual modo dovea praticarsi questo provvedimento. È Marciano che parla. *A Titio mutuatus, pactus est cum illo, ut ei prædium suum pignori hypothecæve esset. Deinde mutuatus est pecuniam a Mævio, et pactus est cum eo ut, si Titio desierit prædium teneri, ei teneatur. Tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem prædium ei pignori hypothecæve sit, et locum ejus subeat. Num hic medius tertio potior est, qui pactus est ut, Titio soluta pecunia, im-*

(1) Gauthier. *subrogation*, n. 580.

(2) De Olea. *de cession. jur.* tit. 4. quæ. 1. n. 26

pleatur conditio? Et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo præferendus est (1). Egualmente decidono Pomponio (2), Paolo (3), Ulpiano (4) e gli imperatori Severo ed Antonino (5).

La Giurisprudenza posteriore disegnò accuratamente le forme necessarie a questa surroga: volle cioè che:

1) il sovventore del danaro faccia patto col debitore che questi col danaro sovvenuto dimetta l'antecedente creditore;

2) stipuli col medesimo debitore una propria ipoteca sul fondo obbligato al primo creditore, e sia surrogato nell'ipoteca o nei privilegi del creditor dimesso;

3) che si provi che col danaro sovvenuto dal terzo sia stato dimesso il primo creditore (6); e finalmente

4) che il debitore nel momento che concede siffatta surroga sii ancora proprietario del fondo ipotecato. Quest'ultimo requisito era precisamente voluto da Pomponio. *Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat tibique cum eo convenit ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset: nihil te egisse constat. quia rem alienam pignori acceperis. Ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere cœpisse, neque ad rem pertinuisse quod tua pecunia pignus sit liberatum* (7).

La storia della giurisprudenza offre pochissimi casi, nei quali come in questo argomento, si abbia una chiara intuizione dell'equità ed utilità di un operazione giuridica, e nello stesso tempo le scuole e il foro non l'abbiano saputa rappresentare e giustificare con una ragionata dimostrazione. Ella è questa una prova ulteriore di ciò che nelle scienze morali, e quindi ancora nella scienza del diritto, spesse volte le sode convinzioni sono avvalorate da un'intimo sentimento, piuttosto che dalla evidenza del discorso.

La cagione precipua per cui non si riesci, per quanto io sappia, a questra dimostrazione, parmi che si possa assegnare nella soverchia ostinazione de' giureconsulti in voler considerare questa surroga come se fosse

(1) L. 12, § 8, Dig. *qui potior. in pign.*

(2) Nella leg. 2, Dig. *de pignor. action.*

(3) Nella famosa legge *Aristo*, 3, Dig. *quæ res pign.*

(4) Nelle leggi 1 e 2. Cod. *de his qui in prior. creditorum loco succedunt.*

(5) Nella legge 24, § 3 Dig. *de rebus auctoritate judicis possidendis.*

(6) Accursio in d. l. *Aristo*; Bartolo, in d. leg. *Aristo*, Salyceto in l. 1, Cod. *de his qui in pr. cred. succ.* Neguzanlio, *de pignor.* par. 5, mem. 3, num. 43, Hotoman. in Dig. *qui potiores in pign.* e in l. 1, Cod. de *his qui in pr. cred. loc. succed.* Franc. Balduin. *de pignoribus.* cap. 19, in mod., Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 4, tit. 2, q. 77, n. 11, Mantica. *de tacit. et amb.* lib. 11, til. 26, n. 16, Fabro in Cod. lib. 8, tit. 9, def. 3, De Olea, *de cession. jur.* tit. 4, quæ. 1, n. 21. Struvio, *syntag. jur. qui potior. in pign.* thes. 34, e Pietro Müller, in notis, ibidem

(7) L. 2, Dig. *de pignor. act.* Bartolo e i chiosatori a questa legge, Pothier, *pand.* tit. *qui potior in pign.* n. 8, Bachovio. *de pign.* lib. 4, cap. 15, n. 1, e 3.

un subingresso nel credito ipotecario, o almeno nella ipoteca del più antico creditore. Nel mentre che ella non è in ultima analisi che un subingresso nel solo grado ipotecario: cosa non difficile a rilevare quando si esamini il costrutto dei quattro recquisiti. coi quali la vollero ordita gli antichi.

E diffatti si vede facilmente che il terzo sovventore del danaro, per essere creditore verso del debitore, non ha bisogno d'alcuna cessione o surroga, perchè per il novello mutuo egli si è obbligato il debitore medesimo. Parimenti si osservi come il debitore arrecando quel danaro ricevuto dal nuovo sovventore nelle mani dell'antico creditore, e pagando il suo debito lo ha estinto per sempre, di modo che non poteva da lui ricevere alcun diritto, ma solamente la liberazione del suo debito, che veniva ad essere estinto (1).

Questa non è dunque una surroga nel credito dell'antico creditore.

Ma essa non è nemmeno una surroga nell'ipoteca. Il che fu chiaramente decifrato da Accursio. *Sed numquid,* dimanda il glossatore, *eadem hypotheca datur secundo quæ primo dabatur? Respondeo: non, quia illa sublata fuit solutione. Sed est per omnia similis naturæ* (2). E difatti nelle antiche leggi trovasi ingiunto al novello creditore di stipulare una sua propria ipoteca sullo stesso fondo obbligato al creditore antico e di subingredire nel suo luogo: *ut idem prædium ei pignori hypotecæve sit, et locum ejus subeat,* scrive Marciano nel brano surriferito (3). E Paolo parimente disse non essere valida codesta surroga: *nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata* (4). E Pomponio a questo intento disse che questa surroga non saria valida, cioè questa nuova ipoteca non saria legittimamente costituita, se il debitore avesse già venduta la cosa ipotecata: *nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis* (5).

Non incontriamo fin qui alcuna resistenza logica per pensare come il debitore si obblighi personalmente verso del nuovo creditore, e in di lui favore obblighi il suo fondo, senza dipendere menomamente dal creditore antecedente (6). Ma tutta l'entità di questa surroga consiste nella convenzione, colla quale il debitore accorda al nuovo suo creditore e alla sua ipoteca il grado assortito all'ipoteca dell'antico.

È questa dunque una surroga nel grado ipotecario del primo creditore, e non una surroga nel credito Ipotecario.

(1) Leg. 5 Cod. *de solution et liberat.* Institut. in princ. *quibus modis toll. oblig.* leg. 6. Dig. *quibus modis pignus solv.* leg. 43. Dig. *de solutionib.* Ben è vero che pensano il contrario: Neguzanzio *de pignor* par. 5, mem. 3, n. 44, e Fabro in Cod. lib. 8 tit. 17 def. 10: ma sono smentiti da quei testi, e contradetti da De Olea, *de cession. jur.* tit. 4, n. 2-4, tit. 5. quæst. 1. n. 11 e 16 e da Merc. Merlino, *de pignor* lib 4. tit. 2 quæ 77, n. 5.

(2) In leg. *Aristo,* 3. Dig. *qui potiores in pignore.*

(3) Leg. 12. § 8 Dig. *qui potiores in pign.*

(4) Leg. *Aristo.* 3 Dig. ibidem.

(5) Leg. 2. Dig. *de pignoratitia action.*

(6) Come difatti non importava che il creditore acconsentisse e nemmeno il sapesse: De Olea, *de cess. jur.* tit. 4. quæ. 1 num. 23. Mantica, *de tac. et amb,* lib 11. tit. 28 n. 16.

7. Questa surroga fu accolta nella giurisprudenza intermedia con avversa fortuna. In Italia si stette paghi dell'osservanza letterale delle leggi romane, conservandone i quattro requisiti, de'quali la dicemmo composta. Alcuni tentarono di penetrare nella sua natura razionale, ma non vi riescirono: come si vede presso Neguzanzio (1) e Mantica (2), che la definirono come una cessione tacita, per la quale cioè il terzo sovventore avesse un credito ed un' ipoteca dallo stesso debitore, e acquistasse l'ipoteca dal creditore dimesso per il suo tacito o presunto volere. S'avvicinavano quei valent'uomini, ma non riescirono ad ottenerne l'ultima e chiarissima idea.

In Francia corse un assai peggiore fortuna, come quella che non essendo compresa divenne ludibrio alla smania dei giureconsulti di colà di farsi creatori d' un diritto nazionale: quasi che il diritto sia condizionato alle varietà orografiche. Il solo Donneau, scrittore abbastanza cauto, avvertì che il surrogato non avea bisogno dell' ipoteca del creditore dimesso, perchè l'avea dal debitore, e se non l'ebbe non potea aver quella del creditore, perchè non ceduta da lui, e quindi estinta: *neque enim jus pignoris nancisci debet, qui ipse de pignore nihil convenit* (3). Ma gli altri non avvertirono questo fondamentale requisito, che il debitore dovesse concedere un' ipoteca al sovventore, onde comunicare a questo il grado dell'ipoteca dimessa col suo danaro. Dumoulin nel suo trattato *de usuris* lasciò scritto di questo sovventore surrogato: *et tamen succedit in ipsum jus primi; saltem in jus simile et æque potens*; e poco appresso soggiunse: *quia hic non est in effectu nova hypotheca, sed transfusio unius creditoris in alium, eadem vel mitiore conditione* (4).

Questo brano riassume tutto quel meglio che sanno i francesi in questo argomento: e come tale fu allegato quasi fosse un capolavoro dottrinale da Toullier (5) e da Troplong (6). Eppure ci sembra piuttosto che ne' suoi termini medesimi, che sono apertamente contraddittorii, si abbia una prova manifesta d' una profonda indigestione d' idee. Poichè non noi potressimo conciliare quelle due proposizioni: che il surrogato non ottiene una nuova ipoteca e ne acquista una che non è l'antica, ma acquista un non so cosa, che è simile ed equivalente. Se il surrogato non acquista una nuova ipoteca, (ed è questo l' errore fondamentale), se egli non acquista nemmeno l' ipoteca antica del dimesso creditore, cosa gli rimane adunque? Un *jus simile et æque potens*. Cos'è mai questo diritto, se non l'ipotecario? Lascio ad altri la cura di creare quest'altra specie, e ci basti come scusa se diciamo, che nè Dumoulin nè i suoi ammiratori non conobbero mai l'essenza di questa surroga; la quale non fa altro che

(1) Neguzanz. *de pignor* par, 5, mem. 3, n. 45.

(2) Mantica, *de tacit. et amb. conv.* lib. XI, lit. 28 num. 16.

(3) Donell. *de pignor*. cap 15.

(4) Molinæus, *de usuris* quæ. 89. n. 376.

(5) Toullier, *droit civ.* liv. 3, lit. 3, ch. 5, num. 110.

(6) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 354.

comunicare alla nuova ipoteca il grado dell'ipoteca antica; nel mentre che essi dissero e ridissero che avviene e nel credito e nell' ipoteca del dimesso creditore: come si può vedere presso Pothier (1), Troplong (2) e Gauthier (3); e non solo in quel credito ipotecario, ma sin'anco nelle ipoteche cadenti sopra altri fondi non colpiti dalla novella ipoteca del surrogato, e nelle obbligazioni dei fidejussori e correi (4): e per ulteriore conseguenza doveano ritenere formalità inutile quella che il debitore costituisse in prò del surrogato una novella ipoteca, e che a ciò fare dovesse egli trovarsi tuttavia possessore di quel fondo (5), al quale gli antichi voleano limitato questo subingresso.

Con siffatta dottrina era impossibile di analizzare, non che di dimostrare la legittimità di codesta convenzione. Non è quindi a stupire se udiamo dalla bocca del gravissimo Toullier la più speciosa e insieme la più immeritata delle obbiezioni: che cioè difficilmente si potrebbero vedere le fondamenta di questa surroga; perchè difficilmente si concepisce come il credito e i suoi accessorii, il diritto di agire e quello dell'ipoteca, che sono la proprietà del creditore, possano essere trasmessi ad un terzo mediante la sola volontà del debitore; e senza che vi concorra il creditore medesimo (6).

Questa eccezione non può reggere, perchè questa surroga è conceduta dal debitore soltanto nel grado ipotecario. Eppure bastò che in un processo agitato al Parlamento, i giudici ne restassero sgomenti, e ordinassero alle parti di comporre alla amichevole una quistione insorta in questo argomento (7). Però le leggi promulgate nel XVII e nel presente secolo non furono instrutte su di una migliore dottrina; perchè vediamo nel regio Editto del mese di maggio del 1609 sanzionata la validità di questo contratto *avec stipulation expresse de pouvoir succeder aux hypothèques des créanciers*, senza la stipulazione d'una nuova ipoteca, e coll' accordare invece ai sovventori del danaro, non d'essere surrogati nel solo grado ipotecario, ma sibbene senza distinzione alcuna *subrogés de droit aux droits hypothèques*, *noms*, *raisons et actions desdits*

(1) Pothier, *pand.* tit. *qui potiores in pigri.* num. 5, in notis, *Orléans*, lit. 20 n. 80.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 349 e 354, ove confonde questa surroga con quello che avviene nel credito ipotecario.

(3) Gauthier, *subrogation*, num. 39, 41, 43, 48, e in altri luoghi, come nei num 179 e 180. E l' opinione di costoro è adottata ciecamente dal nostro Chiesi, *sist. ipot.* num. 800.

(4) Gauthier, *subrogation*, num. 43, 44, 45 e 143. Vedi in proposito l' oscillazione della giurisprudenza francese presso Merlin, *Repert.* v. *Subrogation des pers.* sect. 2, § 8, num. 6.

(5) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, ch. 5, n. 136, e Chiesi, loco citato, viddero che pel Diritto romano si richiedessero questi due fatti, ma non ne trassero alcun lume: anzi Toullier, loco cit. e Troplong *des priv. et hyp.* num. 364. bis, aggiunsero che non fosse nemmeno necessario che il creditore concedesse espressamente questa surroga.

(6) Toullier, *droit civ.* lib. 3 ch. 5, num. 109 e 162. Obbiezione opposta anche da De Olea *de cess. jur.* tit. 5 quæ. 4 n. 10.

(7) Loyseau, *des offices*, liv. 3, ch. 8 n 83.

anciens créanciérs (1). Ed anzi il Parlamento di Parigi col decreto 6 luglio 1690 decifrando il senso di quell'Editto stabiliva che la surroga conceduta in quel modo medesimo dal debitore producesse l'effetto *de succeder et être subrogé aux actions, droits, hypothèques et privilèges d'un ancien créancier sur les biens de tous ceux qui sont obligés à la dette,* OU DE LEUR CAUTION (2).

Ben è vero che il parlamento di Rouen avea adottato una dottrina assai più cauta, e nell'art. 132 del Placito di Normandia del 6 aprile 1666 fu scritto che *le principal obligé . . . . peut subroger celui, qui a baillé les deniers pour acquérir la dette, a l'hypothèque d'icelle sur ses biens* (3). Ma la pratica e l'opinione continuò nel cieco andazzo, finchè gli autori del Codice Napoleone compilarono tutti gli errori precedenti nell'art. 1250, la cui disposizione arreca che il subingresso è convenzionale, » *quando il debitore prende ad imprestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore. Per la validità di tale surrogazione è d'uopo che l'atto di prestito e la quitanza si facciano avanti notajo: che nell'atto di prestito si dichiari che la somma fu presa ad imprestito per fare il pagamento, e che nella quietanza pure si dichiari che il pagamento è stato fatto con i danari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore. Questa surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore.*

Qui dunque non è fatta ingiunzione alle parti che stipulino una nuova ipoteca e quindi che il debitore all'atto della stipulazione fosse ancora proprietario dello stabile: vi è ben detto che il sovventore impresta i danari suoi, che divien creditore, eppure nel seguente articolo 1252 è soggiunto che: *il subingresso stabilito negli articoli precedenti ha luogo tanto contro i fidejussori, quanto contro i debitori* (4), e quindi ritorna indigeribile alla mente il dubbio del come per un credito diverso e pel fatto del debitore le ipoteche e le fidejussioni sussistano dopo caducato quel credito, per cui furono costituite. Ella è dunque questa surroga una forma di convenzione assurda e imbastardita per la mala intelligenza dell'antico. Nè vale a palliare questo sconcio del Codice francese la facile indifferenza de' suoi comentatori, quali il Troplong che risponde agli scrupoli, come egli dice, e ai *pregiudizj dei formalisti* e dei *moderni pratici* collo specifico dell'*ita lex scripta est* (5). Nè a diverso ripiego si appiglia l'avvocato Gauthier, nel mentre corse ben davvicino alla verità,

(1) Merlin. *Repert.* v. *Subrogation*, Sez, II § VIII. Toullier, liv. 3. tit. 3, ch. 5, n. 111. Gauthier, *subrogat.* num. 41.

(2) Merlin, ibid.

(3) Merlin. loc. cit. Toullier, ibid. n. 162.

(4) Gauthier, *subrogation.* num. 44, 45, 65. A questi articoli 1251 e 1252 corrispondono pur troppo esattamente gli art. 1205 e 1206 del Cod. delle due Sicilie, art. 1227 e 1229 del Cod. parmense, art. 1340 e 1342 del del Cod. albertino, art. 1305 e 1307 del Cod. modenese. Il Cod. del Canton Ticino non riconosce questa surroga. In Romagna e in Toscana sarebbero mantenute in vigore le disposizioni del Diritto comune.

(5) Troplong, *des priv. et hyp* num. 354

quando esaminando una frase ambigua di Merlin (1), ed una proposizione sfuggita a caso allo stesso Troplong (2), dubitò e indovinò che questa surroga accadesse esclusivamente sul diritto di prelazione (3); anzi la vidde nella sua interezza nella confutazione che fece a Toullier (4); e ciononondimeno conchiudendo che per il Diritto romano la fosse una surroga nell' ipoteca del creditore dimesso, che per poterla concedere il debitore dovesse essere proprietario del fondo, e non varrebbe se fosse concessa dopo che il debitore si era spogliato della proprietà, che dessa non avesse effetto contro il fidejussore: eppure, diciamo, senza penetrarsi della necessità di rinvenire il fondamento giuridico alla medesima, e senza evitare alcuno dei contrarii sistemi, passò oltre con dire che pel Diritto francese fosse una surroga nell'ipoteca e nel credito (5): e ciò replicatamente confermò, e non si commosse punto al pensiero che quella surroga fosse immaginata secondo lui, e concessa esclusivamente dalla legge per motivi pratici, non già perchè il debitore ne avesse una facoltà giuridica (6). » Dal momento, disse in altro luogo, che la legge accorda la surroga in certi casi al terzo, che con i proprii danari dimette il creditore anziano, e poichè, dopo il pagamento, sussiste il credito in capo al pagatore: perchè non si darà la facoltà stessa al debitore, che è pur tanto interessato a dimettere un molestissimo debitore? (7) ». Qui non si tratta, rispondiamo, di vedere soltanto ciò che interessa, ma ciò che è giusto. È giusto che una persona pagando un debito altrui ottenga la surroga; ma il debitore che paga un suo debito estingue il diritto creditorio. Duuque questa surroga non può arrecare nè la trasmissione del credito, nè quella dell' ipoteca. In un valente giureconsulto come colui sta male questo adagiarsi mollemente nella autorità della legge scritta, e per fastidio di ricerche storiche ed analitiche, adottare le sue disposizioni, anche a costo di chiamarle assurde. La missione della giurisprudenza non consiste no in una servile esegesi grammaticale. La verità anzi tutto e il decoro della scienza, e poi la riverente spiegazione della legge; la quale vuol essere non ciecamente proclamata, ma fecondata con una dimostrazione, che la connetta ai principii universali del giusto, e l'armonizzi con questi, fosse anco col perfezionarla nelle forme. E se non si ha il coraggio di alterarne l' esteriore sua forma, la critica illuminata prepari la intelligenza nazionale, onde a suo tempo le nuove cure dei legislatori ne traggano lume e perfezione.

(1) *La cession transfère la dette même; la subrogation en transmet seulement quelques prérogatives.* Merlin, *Repertoire* v. *Subrogation des personnes*, Sez. 2, § 1.

(2) Troplong *des priv. et hyp.* num. 349, ove disse che questa proposizione di Merlin *vraie dans certains cas, est fausse dans sa généralité.*

(3) Gauthier, *Subrogation.* num. 37.

(4) Toullier, liv. 3. tit. 3. ch. 5. n. 151.

(5) Gauthier, ibid. num. 48.

(6) Gauthier, ibid. num. 9, 13, 14, 64.

(7) Gauthier, ibid. num. 138.

8. Per vedere se questa surroga sia possibile ed efficace nel Diritto austriaco, cerchiamo prima di penetrare nella sua possibilità razionale. Per la qual cosa diciamo ch' ella si raccomanda press' a poco per gli stessi titoli, coi quali vedemmo possibile il subingresso nel grado ipotecario del credito innovato in prò dell'innovante, e del credito d'un'antecedente creditore in prò d' un creditore ipotecario posteriore. Specialmente per il subingresso della novazione dicemmo che, sebbene il credito innovato per la novazione appunto andasse risolto, e fosse quindi manomessa l'ipoteca accessoria, può tuttavia la nuova ipoteca del credito risultante dalla novazione ottenere il grado della precedente; perchè la prelazione reale non è siffattamente connessa all' ipoteca, da non potersi comunicare ad altri crediti. Indi venimmo alla stessa conclusione per il subingresso che dicemmo dipendere dal patto della postergazione. Ma il principio speculativo che informa queste due conclusioni fu assai più difficilmente indotto nel primo caso che nel secondo: perchè supponendosi colla postergazione che continuasse a sussistere il primo credito, era facile il concedere che il creditore potesse postergarsi in prò d' un terzo creditore ipotecario; avvegnachè gli altri creditori siano affatto estranei ai loro particolari rapporti, e non possano opporsi a questo scambio, perchè in ogni caso sarieno primeggiati dal creditore postergante. Nel caso della novazione vedemmo invece che l' ipoteca del credito innovato col fatto della novazione andò perduta, quindi avevamo a vincere quella gravissima obbiezione, che non si potesse conservare e comunicare ad un credito e ad un'ipoteca posteriore una prerogativa di priorità inerente ad una ipoteca oggimai perenta.

Parlando ora noi della surroga del debitore, la posizione è la stessa; la stessa obbiezione ci si affaccia; ed egualmente ci si potrebbe dire che se il debitore pagasse al creditor suo il suo debito, con questo si estingue eziandio l' ipoteca accessoria. Non importerebbe in contrario che egli pagasse con danari altrui: egli paga ciononostante un debito proprio, e pagandolo lo estingue. Non può dunque surrogare il terzo sovventore in un credito estinto. Suppongasi pure che il debitore col ricevere la sovvenzione dal terzo diventi suo debitore: suppongasi pure che gli costituisca una speciale ipoteca per quel secondo debito; ma rimane intatta quell' obbiezione: che cioè il nuovo credito ipotecario del sovventore non può subentrare nel grado del credito ipotecario del creditore originario che si viene a dimettere. Questo caso e questa obbiezione sono dunque simili affatto al caso e all' obbiezione proposta in riguardo al subingresso della novazione.

Noi non abbiamo dunque che a rispondere cogli stessi argomenti. Ben dissimo tanto nell' uno, che nell' altro caso si può comunicare all'un credito ipotecario il grado d'un'anteriore credito ipotecario estinto; perciocchè con questa comunicazione gli altri creditori, aventi un ipoteca intermedia tra essa e l' origine del credito anteriore, non possono dire

affatto distrutta la prerogativa temporale del credito anteriore, che non si possa comunicare al posteriore; e questa prerogativa non è per sè stessa un attributo essenziale dell'ipoteca, ma è solamente stabilita dalla legge per il principio superiore del *neminem lædere*. Ed aggiungemmo che essi non poteano dirsi danneggiati per quella comunicazione, perchè se non avveniva, essi sariano rimasti tuttavia nel loro grado subordinato: e in ultima analisi loro non importava punto nè poco che la novazione avvenisse o non avvenisse, o che nel caso presente il debitore dimettesse o non dimettesse il primo credito. Lasciammo dunque che la libertà delle particolari convenzioni avesse la sanzione giuridica quando non offendessero l'interesse dei terzi. Questa spiegazione fu pure insegnata da Fabro. *At facilis responsio est*, dice egli, *cum qui pecuniam credit dimittendi pignoris creditoris gratia, posse quam velit conventioni suæ legem dicere; nec ullam idcirco fieri injuriam secundo creditori, cujus eadem conditio mansura sit, quæ erat priusquam præcedens creditor dimitteretur. Quid enim ipsius interest, an Titio, qui prior creditor fuit, an Sempronio ex cujus pecunia Titius dimissus est postponatur* ?(1).

Tuttavia se quella risposta può essere perentoria della proposta obbiezione nel caso della novazione, perchè i principii generali, che adducemmo a premessa, sono abbastanza inconcussi e opportuni alla conclusione che ne abbiamo dato in armonia colla legge vigente: non vogliamo dissimularci che quella medesima obbiezione rinasce con maggior forza in quest'ultimo caso della surroga del debitore; perciocchè qui ci troviamo indifesi nel silenzio della legge nostra, e si tratta del caso più speciale, che questa comunicazione del grado ipotecario non avverrebbe per opera del creditore, padrone ed arbitro de' suoi diritti, ma per opera del debitore stesso che su quei diritti non ha alcun potere, ma una passiva sudditanza. Dobbiamo dunque cercare più addentro in questa comunicazione, come e perchè avvenga.

A questo scopo avvertiamo che il grado di un credito ipotecario estinto si può, in questi due casi, comunicare ad un'altro credito ipotecario posteriore, quando quest'ultimo fu contratto in luogo del primo, cioè allo scopo di dimettere il primo. In altri termini diciamo, che questa comunicazione può avvenire se l'un credito si contrae per una causa determinante l'estinzione del credito anteriore. Posto ciò si può considerare questo credito anteriore come la causa determinante del credito posteriore. Questi due crediti sono dunque distinti perchè o contratti in due momenti diversi e per un diverso titolo, o perchè stipulati in vantaggio di due diverse persone: ma quanto alla loro causa, se il primo è causa del secondo, e il secondo è effetto del primo, si trova un legame, una ragione, che di due cose ne fa quasi una sola. Avvertasi ancora a quest'altra differenza. Se un credito si estingue, ed un altro vi succede

(1) Fabro in Cod. lib 8. tit. 9 def 4.

senza questo nesso di causalità, l'ipoteca del primo non si comunica al secondo: perchè sono veramente due diversi crediti: perchè manca questo rapporto di causalità. Ma nei due casi proposti una causalità esiste, un legame ci ha che collega indissolubilmente questi due crediti. Non val dunque il dire che colla novazione si estingua affatto il primo credito, perchè non si estingue del tutto una cosa, quando della sua virtù rimanga un qualche effetto. La causa si riflette nell'effetto, e l'effetto non può stare senza la causa.

Vedesi dunque diminuita d'intensità l'obbiezione proposta. Ella può valere quando due crediti succedessero l'uno all'altro, senza un nesso qualunque di causalità; ma se questo nesso esiste, ella deve subire una qualche modificazione.

Proseguasi. Noi non diciamo che colla novazione rimanga in tutta la sua integrità il credito antico. La legge ci smentirebbe. Quel credito fu innovato, e si estinse per dar luogo ad un'altro credito. Questa successione suppone due crediti diversi, e la diversità dipende per la novazione dalla diversità dei titoli. Ma notisi ancora che il titolo suppone una causa morale nell'obbligantesi. E questa causa noi la riponiamo nel fatto che un credito anteriore preesisteva e si volle modificato con una posteriore convenzione, con un titolo diverso. Sotto questa differenza di titoli ci ha dunque ancora quella causa determinante, che dicemmo collegare i due crediti successivi.

L'ipoteca annessa al credito estinto s'estingue pur essa, perchè accessoria ad un dato credito, formulato per il tal titolo. Se nella novazione si volle conservarne gli effetti per il secondo creditore, dicemmo che le parti avrebbero dovuto novellamente stipularla.

Ma sotto le apparenze del credito nuovo succeduto all'antico, dell'ipoteca antica riservata nella nuova, rimane sempre la causa determinante di siffatta successione; per la qual causa non si può dire che l'antico credito e l'antica ipoteca accessoria fossero affatto svanite. Ed appunto perchè il novello credito e la novella ipoteca furono stipulate in base a quella causa determinante, esse prendono il carattere di effetto della medesima, e come effetto ricevono e s'appropriano le prerogative antiche. Con questa generazione il novello credito ipotecario eredita, per così dire, la nobiltà del credito ipotecario che s'estinse per dargli la vita. La novazione indica appunto questa causalità, e deve procacciare al novello credito ipotecario quella pristina efficacia. Ella non produce soltanto una fortuita successione di crediti, per essa non diremo solo col linguaggio degli antichi che l'un credito *succede* all'altro: ma piuttosto che l'un credito *ingenera* l'altro e generandolo gli comunica la vitalità sua propria.

A questo modo ci sembra di poter meglio spiegare la fisiologia giuridica della surroga operata dal debitore. Nessuno vorrà dubitare, crediamo, che questi possa mutare l'un creditore coll'altro, prender danaro dall'uno per soddisfare al credito dell'altro: contrarre un novello debito

per estinguere un' altro. Come pure è più che ovvio il vedere com'egli possa assicurare il novello credito sullo stesso fondo ipotecato all' altro creditore, quand'egli almeno potesse tuttora ipotecario come libero possessore. Ecco dunque creato un nuovo credito ipotecario per il motivo e la causa determinante di estinguere un' altro credito ipotecario. Ecco il nuovo credito succeduto per generazione morale al credito antico. Ecco dunque possibile la comunicazione del grado dall'ipoteca antica alla novella.

Potressimo ora asseverare la liceità di questa convenzione, e la naturalità di questi effetti secondo la legislazione austriaca, perchè le premesse di cui si compone essa sono pur possibili a darsi nella pratica giornaliera. Però questa legge sta silenziosa in proposito; e questo suo contegno, anzichè a trascuratezza, ascriveremo a prudenza: conciosiachè superiormente viddimo in quali profonde difficoltà versasse la giurisprudenza nel cercare il perchè razionale, e nel sistemare le forme pratiche di questa convenzione. Aggiungeremo che poteva esser sembrata inutile al nostro Legislatore di regolare con norme speciali questa convenzione, perchè lautamente vi supplì col principio generale della surroga conceduta nei §§ 1358 e 1422 del Codice civile a qualunque persona estranea che avesse pagato o volesse pagare, e autorizzato dal debitore costringesse il creditore a riceverlo. Per il che non avea questi bisogno nè di questa surroga speciale, nè, come usarono i francesi ai tempi di Loyseau, di autorizzare il giudice a concedere la surroga al terzo in luogo del risultante creditore (1).

Che sarebbe però di diritto se sotto l'impero delle leggi vigenti si fosse convenuta una siffatta surrogazione? Avvertiressimo prima di tutto se il terzo sovventore potesse avere gli estremi per la surroga ordinaria: quando cioè egli avesse dato il danaro al debitore per pagare il creditore, e questi avesse quitanzato dicendo di riceverlo per l'interesse e nome del medesimo, e non del debitore. Questi pagando non saria che mandatario del terzo, e non avria adempiuto alla propria obbligazione in modo che rimanesse estinta pel terzo.

Se non occorresse questa circostanza il sovventore non saria surrogato per legge, quindi l' indennità sua importerebbe che gli si permettesse di fruire de'beneficii di quella surroga, la quale risulta da convenzioni lecite, quali sono il novello credito e la novella ipoteca, aventi per effetto di rappresentare il credito ipotecario nell' importante prerogativa del grado. Questo effetto è naturalissimo, e fu constatato dalla legge stessa nel caso della novazione; dimodochè o si deve accettare la

(1) Loysean in Toollier, *droit. civ.* liv. 3. til. 3 chap. 8 num. 111, chiamava questo provvedimento fittizio un *emplâtre qui couvrait le mal sans le guerir*. E il male era l'obbiezione che col pagamento, da chiunque sia fatto, si estingue il credito. Era dunque un male imaginario: perchè veramente il pagatore d'un debito altrui è surrogato col fatto stesso di pagare un debito d'un'altro, come viddimo nel § precedente.

sua disposizione in quel caso e si deve indurre anche per questa surroga; o si rifiuta in questa e devesi rifiutare anche nella novazione. La legge nostra è troppo cauta osservatrice della forma logica, perchè si possa supporre che voglia permettere una si grave inconseguenza. Anzi diremo: ella ha prevenuto qualunque limitazione arbitraria col fatto di avere nel § 1375 e seguenti del Codice civile consacrata in modo assoluto la libertà dei privati a mutare i crediti e i debiti, da un titolo all'altro, o da una persona ad un' altra qualsiasi. « Il creditore e il debitore, sono sue parole, possono a piacimento mutare i reciproci loro diritti ed obblighi disponibili ad arbitrio. Questa mutazione si può fare senza o coll' intervento d' una terza persona, *e ciò coll'intervento di un nuovo creditore* o di un nuovo debitore. »

Se noi consideriamo tutte le possibili combinazioni di questi elementi, vi vedremo compresa anche la surroga del debitore. Una mutazione tra creditore e debitore senza intervento di terzi costituisce la novazione (§ 1376). Una mutazione del credito tra il creditore e il terzo costituisce la cessione (§ 1392). Una mutazione colla quale subentra un nuovo debitore significa delegazione, assegnamento pieno o meno pieno (§ 1400 e segg.). Qui la legge si ferma; ma tra i corollarj del principio stabilito nel § 1375 ci ha pur questo, che il debitore può a piacimento suo mutare il suo obbligo coll' intervento d' una terza persona. Il debitore può cambiare l'un creditore coll' altro: ossia il contrarre un debito per soddisfare ad un'altro si può ben chiamare mutazione di debito; e siccome al debito corrisponde necessariamente un credito, avviene che pel fatto stesso della mutazione dell'un credito coll'altro, il credito che ne risulta ottiene come nella novazione le prerogative del grado del credito ipotecario immutato.

Conchiudiamo adunque che il debitore, confessando d' avere ricevuto una sovvenzione da un terzo per dimettere il creditore, provando d' averlo in fatti dimesso colle medesime specie sovvenute, e concedendo al sovventore un ipoteca, può insieme attribuire a questa la prerogativa della surroga nel grado dell'anteriore ipoteca, che pel pagamento veniva ad essere cancellata. Potrebbe dunque il terzo domandare l' iscrizione del proprio credito coll'aggiungervi la menzione di questo diritto di surroga nell'ipoteca precedente, ch'egli deve trascrivere a modo di rinnovazione nella propria nota. Quest'inscrizione dell'ipoteca surrogata nella vecchia ipoteca, sarebbe in ogni caso necessaria per conservare al sovventore l' estremo abile per dire veramente subingressa la sua ipoteca nel grado anteriore di quella, quantunque nel Codice civile francese non si parli punto di questa formalità e quantunque fosse stato presso i tribunali veneti ritenuta valida questa surroga ancor quandó il surrogato non s'era fatto inscrivere (1). Perciocchè la diversità del decidere

(1) Per una surroga concessa sotto il reggime delle leggi italiche: sentenza 31 dicembre 1850 di una Pretura, e 8 ottobre 1851 dell' Appello veneto. Gazzetta de' tribunali di Milano, an. 3. 1853. num. 47 e 48.

dipende da questo, che in quella legge si considera questa surroga come avvenisse nel credito ipotecario, e quindi questa inscrizione, di cui diciamo, non sarebbe più necessaria di quello che dissimo per la cessione e la surroga ordinaria del § precedente. Ma dopo quello che abbiamo detto non possiamo considerare questa surroga se non in favore di un nuovo credito ipotecario nel semplice grado d'un credito ipotecario anteriore. Quel credito adunque dev' essere ipotecario, e per esser tale dev'essere inscritto: così come è pur disposto all' art. 84 della nuova legge ipotecaria di Baviera, la quale non s' accontentò di lasciarsi trarre a rimorchio dai compilatori francesi; ma disse, ed egregiamente: che per questa surroga il debitore può concedere un' altra ipoteca al posto di quella che fu estinta, e prima che fosse cancellata.

In pratica occorse un caso consimile a quella specie di surroga, e fu deciso negativamente; ma mancavano alcuni estremi abili a sostenere l'effetto giuridico, che le assegniamo. Marcello avea somministrato del legname a un tale, perchè col prezzo ritrattone soddisfacesse al suo proprio creditore ipotecario, e surrogasse esso sovventore nella di lui ipoteca. Però questa sovvenzione e questo patto di surroga non apparvero provati con data certa. Il creditore ricevette il danaro e dopo alcun tempo cedette i suoi diritti al sovventore. Questa cessione fu impugnata come tardiva: il sovventore fu escluso dalla surroga ordinaria, perchè chi pagò fu il debitore. Non si parlò della surroga del debitore: non sappiamo se fu impugnata la data dell' atto che arrecava il fatto della sovvenzione e della surroga: ma è probabile che l' avessero impugnata, secondo la pratica d'oggidì d' impugnare fin'anco le più remote intenzioni e le circostanze le più indifferenti. Con questa impugnativa e in difetto d'altra prova non si saria potuto stabilire il fatto fondamentale di questa surroga: che cioè la sovvenzione fosse stata fatta a questo fine. Non appare nemmeno che il preteso surrogato avesse ottenuto e fatto inscrivere la propria ipoteca in garanzia della sovvenzione: mancarono dunque gli estremi necessarii. Gli fu dunque e meritamente diniegata questa successione: sentenza dell'Appello (veneto) 7 agosto 1843, e del Senato lombardo veneto 31 maggio 1846 (1).

9. Il Codice albertino nell'articolo 2350 stabilì: che qualora accada che un creditore anteriore avente un' ipoteca generale ottenga la soddisfazione del suo credito sopra uno o più determinati fondi affetti da ipoteca speciale a favore di un altro creditore, s'intendesse che questi, ove sia perdente, fosse subentrato per surrogazione legale alla ipoteca generale che il creditore soddisfatto aveva sopra gli *altri immobili del debitore*, all'effetto di poter fare inscrivere su tali immobili il suo credito, ed essere poscia collocato sul prezzo dei medesimi, alla data però sol-

(1) Giornale di Giurisprudenza pratica di Venezia an. 2, num. 7.

tanto della prima inscrizione fatta del proprio credito. Questa surroga legale non trovasi sancita, nè nelle leggi francesi, nè nell'austriaca: siccome però in mancanza di questa surroga l'argomento riguarda i metodi da seguirsi nel giudizio di graduazione e nei riparti, così ci riserviamo di parlarne nel successivo § LXXIV.

§. LIII

Il creditore può ulteriormente impegnare ad un terzo il suo credito ipotecario; e questo suppegno ha effetto qualora il terzo nel tempo stesso lo faccia inscrivere nei pubblici libri, in margine all'inscrizione ipotecaria già esistente.

Arg. dal § 454, Codice civile austriaco.

SOMMARIO.

1. Il credito ipotecario può essere materia di pegno ulteriore.
2. secondo il Diritto romano, il francese e le legislazioni d'Italia.
3. Se nel Diritto austriaco il suppegno sia pegno od ipoteca. Valore pratico di quella ricerca. Interpretazione del § 454 del Codice civile.
4. Degli elementi necessarii a costituire questo diritto. Dell'obbligazione principale, del titolo, e dell'entità del credito suppegnato.
5. Della inscrizione e annotamento di suppegno, e della rinnovazione. Il suppegno comprende il pegno semplice del credito. Differenze pratiche.
6. Degli effetti del suppegno, sia come tale, sia come semplice pegno del credito ipotecario.

1. Dopo il subingresso nel credito ipotecato, o nel semplice suo grado di prelazione, ci rimane a trattare del suppegno: che è, come dissimo, una delle forme giuridiche, por le quali può il creditore ipotecario esercitare e realizzare economicamente l'utilità proveniente dal suo diritto.

Dato, come abbiamo stabilito in principio del § LI, che nel credito ipotecato esista un valore comunicabile ad altri, e che si possa infatti cedere e trasferire in altri colla cessione e collo surroghe, ne viene di natural conseguenza che quel medesimo valore può essere materia di pegno, perchè pur questo è una facoltà implicita nel diritto di proprietà, e chi può disporre di essa col venderla può eziandio impegnarla, ossia permetterne la vendita sotto la condizione, se non si paga il debito: *quod emptionem*

venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest(1). Può dunque valere per la disponibilità pignoratizia del eredito ipotecario la deduzione che abbiamo fatta circa la disponibilità dei dominii (2).

Però tra l'una e l'altra specie di deduzione l'analogia non è perfetta, attesa la diversa natura economica della proprietà degli immobili e della proprietà dei crediti ipotecarii. Può l'una e l'altra specie di proprietà per il suo concetto primitivo prestarsi come materia adatta a guarentire il credito personale; ogni cosa, secondo il § 448 del vigente Codice civile, per questo riguardo può essere materia di pegno (3). Pure avvisammo nel § 11 come la diversità economica della materia del pegno desse luogo a due specie diverse di garanzie, che sono o l'ipoteca, se la cosa è immobile, o il pegno considerato in istretto senso, se la cosa è mobile. Il credito ipotecario sarà egli a considerarsi materia di ipoteca? Vi ha egli qualche importanza pratica in questa distinzione?

Prima di rispondere possiamo almeno convenire nel nome che si attribuisce a questa possibilità giuridica, ossia possiamo chiamarlo *suppegno*, il pegno del pegno, prendendo queste parole nel significato più largo di pegno in genere. Per la qual cosa dicevano gli antichi: *si pignus pignori datum sit:* e posero questa categoria generale a modo di titolo nel Codice giustinianeo (lib. 8 tit. 24).

2. La forma più concreta e quindi più antica dei suppegni sembra essere quella delle cose mobili, che possedute dal creditore a titolo di pegno, si consegnano nuovamente in pegno ad un suo particolar creditore. Di questo suppegno abbiamo notizia da Papiniano (4), da Marciano (5), e da Gordiano (6) nel seguente rescritto. *Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse* JAMDUDUM *placuit: scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur: tamdiuque eum is, qui Jus repræsentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit.*

La tradizione della cosa impegnata dal primo creditore al secondo e particolar suo creditore rende alla massima evidenza il nuovo diritto di pegno: e il debitore se vuol ricuperare la cosa sua deve necessariamente prestare al detentore la soddisfazione del suo credito, nella misura in cui era debitore verso del primo.

Invalse nello stesso tempo anche il pegno dei diritti creditorii: si poterono cioè impegnare non solo le cose corporali, mobili od immobili, ma ben'anco i diritti, i nomi dei debitori. *Si convenerit,* scrive Paolo, *ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Prætore hæc conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me (si cum*

(1) Leg. 11, § 1. Dig. *de pignorib.*

(2) § XI, XII e XIII num. 1-8.

(3) Zeiller, *Comentar.* al § 454 num. 1. Cod. civ. aust. Nippel, al § 454. num. 1 Cod. civ. austriaco.

(4) Leg. 40 § 2. Dig. *de pignor. action.*

(5) Leg. 13 § 2, Dig. *de pignor. et hyp.*

(6) Leg. 1. Cod. *si pignus pignori dat.*

eo experiar) tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco (1).

Breve era il passaggio dal pegno de' crediti personali a quello dei crediti ipotecarj, al suppegno dell'ipoteca. E diffatti nella stessa legge Gordiano pronunciò essere valido il suppegno d'una ipoteca, e valida la vendita provocata dal suppegnatario. E infine gli imperatori Diocleziano e Massimiano attestarono, che era omai di pratica *ut cautiones debitorum pignori dentur* (2).

Questa pratica fu poi spinta oltre ogni limite, quando l'ipoteca generale di tutti i beni presenti e futuri, mobili, immobili ed incorporei, fu fatta quasi d'uso esclusivo, invece dell'ipoteca speciale. Laonde, per ciò che riguarda i crediti ipotecarj, non avviene quasi mai che negli scritti della giurisprudenza intermedia si veggano materia di uno speciale suppegno, ma solo menzionale come cadenti nel dominio dell'ipoteca generale.

Nella moderna giurisprudenza francese si predica una singolare opinione con questo aforismo: *hypothèque sur hypothèque n'a lieu;* come si può vedere presso Grenier (3), Troplong (4) e Gauthier (5); e fin'anco nell'articolo 106, § 1, della legge ipotecaria di Gregorio XVI si dice che sono affatto incapaci d'ipoteca i crediti e le azioni, ancorchè reali ed ipotecarie, compresi i censi consegnativi e riservativi. Però quell'opinione non è altrimenti giustificata, come si pretende, presso le leggi francesi, e meno ancora dappresso alla ragione universale. Grenier dopo aver esaminata la giurisprudenza antica la dice inapplicabile oggidì per l'articolo 778 del suo Codice di procedura civile, nel quale è detto precisamente: *qualunque creditore* può farsi inscrivere per la conservazione de' diritti del suo debitore verso un terzo; ma la somma per cui è graduato il debitore in concorso del terzo, si distribuisce *come cosa mobile* fra tutti i creditori inscritti od opponenti prima della sentenza di graduazione. Però questo articolo allude forse al suppegno? Ivi si tratta di qualunque creditore, al quale interessi di conservare nella loro efficacia le ragioni creditorie del debitore, e non di quel creditore che avesse ottenuto sulle medesime alcuna garanzia speciale, sia per pegno, sia per ipoteca. Tutt'al più quella legge non vi pensò, e non pensandovi non si può dire che escludesse in massima la liceità del suppegno.

Aggiunse Troplong che quel suo aforismo non terrebbe in grazia del suo Codice civile, pel quale sono bensì suscettivi d'ipoteca le azioni tendenti alla rivendicazione d'un bene immobile: ma tra queste non ci ha l'azione ipotecaria. Ma già vedemmo in altro luogo (§ XV n. 6) a cosa

(1) Leg. 18. Dig. *de pignorat. action.* Egualmente l' Imp. Alessandro nella legge 4. Cod. *quæ res pignori.*

(2) Leg. 7. Cod. *de hæredit. vel act. vend.*

(3) Grenier, *hypothèques*, num. 157.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 407.

(5) Gauthier, *subrogation*, num. 575.

equivalga quel postulato. E qui aggiungiamo. Sia pure che il credito ipotecario non sia suscettibile d'una vera e formale ipoteca. Noi qui domandiamo se può essere materia di pegno in genere. E per rispondere affermativamente ci basta la deduzione che abbiamo fatto dai due concetti: proprietà e trasmissibilità del credito medesimo. Ora nella trasmissibilità ci ha pure la trasmissibilità condizionata per via del pegno. Il solo silenzio della legge francese non può bastare ad interrompere il corso naturale della deduzione logica. Ma quella legge non tace affatto; perchè nell'articolo 2075 dello stesso Codice si dice che il credito mobiliare può essere materia di pegno, quando questo pegno risulti da atto pubblico o da scrittura privata, registrata e notificata al debitore del credito dato in pegno. Se questa legge permette il pegno del credito mobiliare; se il credito ipotecario non è credito immobiliare, come dissero coloro, ma per l'articolo 529 dello stesso Codice è credito mobiliare; potremo inferire che si possa benissimo dare a pegno anche per la legge francese (1).

Prescindendo per un momento dal cercare se il suppegno per la legge francese sia pegno od ipoteca del credito ipotecario, ci valga per opporre ai sullodati scrittori la decisione 13 ventoso anno 13 della Corte d'Appello di Liegi, confermata in Cassazione colla decisione 23 dicembre 1806; nelle quali si giudicò, che se il primo creditore avesse acquistato lo stabile affetto a quell'ipoteca, che avea data in suppegno a un suo creditore, questi conserva col suppegno l'ipoteca di colui, ed impedisce la consolidazione (2).

3. Semplice e compiuta è la forma del § 484 del Codice civile austriaco, col quale in poche parole si tratteggia ogni sorta di suppegno, sia ch'egli cada sopra un credito assicurato dal pegno di cosa mobile, sia che fosse contratto sopra un credito ipotecario. « Il detentore del pegno può, in quanto egli vi ha diritto, ulteriormente impegnare ad un terzo la cosa datagli a pegno, ed in tale riguardo essa diventa un suppegno, qualora il terzo nel tempo stesso se la faccia consegnare, o faccia inscrivere nei pubblici libri il suppegno sul diritto di pegno già esistente ».

Da questa formula noi abbiamo stralciato in servizio del nostro § quella parte che si riferisce al suppegno del credito ipotecario. Ma nel momento di cercare la natura caratteristica di questo nuovo diritto, non possiamo non ajutarci del maggior lume che emana da quella formula intiera. Perocchè, se ci limitassimo ad esaminare questo speciale suppegno, come se cadesse soltanto sopra il credito, potressimo dubitare che fosse un vero pegno, e quindi non fosse necessario alla sua civile virtù, che fosse in-

(1) A questi articoli 529 e 2075 corrispondono esattamente gli art. 432 e 1945 del Cod. siciliano. Però negli art. 449 e 2076 del Cod. modenese, nell'art. 30 del motuproprio toscano sull'ipoteche, nel Codice di Parma cogli art. 384 e 2102, nel Cod. ticinese cogli art. 164 e 1131, nel Codice albertino cogli art. 410 e 2128 si tolse ogni dubbio in proposito, classificando nei mobili, e quindi facendo suscettivi di pegno i crediti ipotecarii.

(2) Sirey, *Recueil gen. des lois.* tom. 7, par. 1. pag. 35.

scritto nei pubblici libri; ma bastasse per avventura la tradizione simbolica del documento creditorio, come dissimo parlando del subingresso.

Ma la nostra legge col suo abituale spirito analittico non si permise di considerare il diritto creditorio in sè stesso, nè come cosa mobile, nè come cosa immobile, se non quando fosse costretta per interpretare le dubbie espressioni de'privati voleri. Ogni diritto è cosa incorporea, disse ella nel § 292. Ora nel caso nostro non ci ha bisogno alcuno di qualificare il credito ipotecario come fosse cosa corporea: noi possiamo venire alla nozione differenziale del suppegno del medesimo, senza affrettarci e sforzare la schietta osservazione della natura genuina delle cose sostituendovi quella finzione.

Altre volte dicemmo, esser ben vero che il carattere differenziale dell'ipoteca sul pegno si deve riporre sulla qualità immobiliare della cosa sulla quale cade. Però insieme avvertimmo che la vera ed immediata materia del pegno e dell'ipoteca non è la cosa materiale per sè stessa, ma l'elemento giuridico per cui si dice che quella cosa appartiene al costituente (1). A differenziare il pegno dall'ipoteca non monta la diversità qualunque siasi delle specie di questo elemento giuridico, che si chiama proprietà, possesso, comproprietà, dominio diretto, dominio utile, usufrutto, dominio condizionato, azione di rivendicazione, azione *ad rem* ecc. Ma la specifica natura del pegno e dell'ipoteca fu per noi e per la legge riposta nell'elemento economico della cosa, sulla quale verrebbero in fine ad attuarsi (2). Quindi inferiamo che siccome nel suppegno d'un credito assicurato da pegno o da ipoteca si riscontrano questi due elementi, il giuridico, cioè lo stesso credito per sè e in quanto è assicurato, l'economico, cioè l'utilità del credito e la natura della cosa nella quale cade il pegno e l'ipoteca: così noi per sorprenderne la natura differenziale avremo riguardo a questo secondo termine; e perciò diremo: se il credito cade sulla cosa mobile, col suppegno si ottiene il pegno d' un pegno; se il credito cade sulla cosa immobile, allora il suppegno è ipoteca d'ipoteca.

Posto ciò, possiamo rilevare le proprietà logiche del § 454 che esaminiamo. Perciocchè la denominazione generale di suppegno comprende il pegno del pegno e l'ipoteca dell'ipoteca: nello stesso modo che il § 447 chiamò col nome generico di pegno e il pegno proprio e l'ipoteca. Si può, dice la legge, ulteriormente impegnare ad altri la cosa data in pegno, in quanto il creditore vi ha diritto. Ella distinse adunque quei due termini. Disse suppegnabile la cosa già impegnata, e il diritto che vi avesse il suppegnante. Ella non si limitò a dire che si potesse suppegnare il credito assicurato: ma disse essere materia d'ipoteca la cosa stessa come termine economico, il diritto del creditore come termine giuridico. Quindi ella disse che la cosa suppegnata dovrebbe essere consegnata al terzo, o il suppegno si dovesse inscrivere sui pubblici libri. Ma col pre-

(1) §§ XIII e XV passim.

(2) § II. num. 1 e 2. § XIII. num. 1-5

scrivere queste formalità non intese di lasciare in arbitrio delle parli di adoperare piuttosto l'una che l'altra: perchè nella materia del pegno in genere avea già disposto nel § 451 che, se la cosa è mobile, è meslieri della tradizione, se è immobile bisogna inscrivere il pegno nei libri pubblici. Possiamo dunque dire che la legge nell'analisi del suppegno lo disse pegno di pegno o ipoteca d'ipoteca, secondo che la cosa sulla quale cadrebbe è mobile od immobile. Il segno caratteristico dell'una o dell'altra specie è la qualità economica della cosa, sulla quale viene questa serie di pegni e d'ipoteche a cadere e a realizzarsi.

Non è perciò il credito ipotecario la sola ed esclusiva materia del suppegno: ma il fondo ipotecato concorre a prestarsi come materia economica, e il credito stesso veramente si qualifica come materia giuridica.

La stessa legge ce ne avverte colle parole: in quanto egli (il creditore suppegnante) vi ha diritto. Il credito ipotecario, e in quanto è ipotecario, costituisce quel nesso giuridico per cui egli può realizzare il suo credito sul fondo ipotecato, domandarne la vendita, e quindi suppegnarlo ad altri, cioè cedendo ad altri questo suo diritto sotto la condizione negativa, che non soddisfacesse al proprio debito.

Due importanti corollarj possiamo quindi dedurre: l'uno perfettamente analogo a quel principio che ponemmo in base alla teorica papinianea nel § XV (1), che cioè la materia giuridica dell'ipoteca possa essere, non solo la proprietà intiera e formale, ma tutte le sue gradazioni, e fin'anco un diritto qualunque all'alienazione e al godimento della cosa. In questo punto di vista coloro che dissero non essere ipotecabile il credito ipotecario, perchè non è uno di quei diritti che sono congiunti col possesso della cosa immobile, e quindi non è immobile e quindi non ipotecabile (2), devono convenire sull' opportunità grandissima di quella teorica da noi illustrata in quel luogo, e devono riconoscere che, se la vera ed immediata materia dell'ipoteca è il diritto per cui si possa legittimamente vendere la cosa stessa, il credito ipotecario da suppegnarsi è veramante tale, perchè con esso il creditore suppegnante e il suppegnatario possono appunto praticare la vendita del fondo, e ritrarne la parte di prezzo che corrisponde al valore del credito ipotecato.

Per secondo corollario trarremo ciò che più importa al presente argomento: che cioè il suppegno d' un credito ipotecario si traduce in una vera ipoteca sul medesimo, da regolarsi colle norme che sono communi a qualunque ipoteca.

4. Per questa identità di natura il suppegno d'un credito ipotecario si costituisce cogli stessi elementi, che nella Parte prima di questo Trattato vedemmo necessarii alla compilazione dell' ipoteca. Varranno dunque le

(1) Num. 3 fino al 6 inclusive

(2) Fra gli antichi M. Merlin. *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 30. num. 7.

cose dette circa l'obbligazione principale, ossia il credito, che deve preesistere alla sua sistemazione giuridica, circa il titolo che le somministra la causa determinante, circa la materia sulla quale risiede, e finalmente in riguardo alle formalità dell' inscrizione e della prenotazione, che somministrano colla pubblicità la condizione necessaria a qualunque diritto reale.

Però in riguardo alla materia del suppegno vi hanno delle differenze da rilevare in rapporto a quella dell'ipoteca ordinaria. Conciosiachè la materia giuridica del suppegno è più composta, che non quella dell'ipoteca. Ella è composta di quattro cose; poichè il credito ipotecario, sul quale viene a cadere il suppegno, risulta da quattro elementi: cioè un credito, un'ipoteca, una proprietà o diritto sul quale l' ipoteca si costitui, e finalmente il valore dell'immobile disponibile in base a quel diritto.

Nella materia giuridica del suppegno viene dunque in prima considerazione il credito del suppegnante. Se ed in quanto ci sia un credito, ci sarà l'ipoteca da suppegnarsi, e quindi si potrà ottenere la soddisfazione del medesimo sulla proprietà e sul valore dell' immobile. Interesserà dunque al creditore suppegnatario di considerare l' entità di questo credito e di conservarla in confronto a chicchesia: e specialmente d'impedire che il debitore ignaro del suo diritto ne paghi l'importo all'originario creditore; al quale scopo deve denunciargli il suppegno, come vedremo nel § seguente. Poichè se il debitore avesse pagato prima di questa notifica, rimarrebbe estinto il credito e l'ipoteca, e quindi sarebbe non che inefficace, nemmeno concepibile il suppegno (1). Deve impossessarsi del credito in modo che altri non lo possa acquistare in buona fede e a suo danno. Imperocchè non basterebbe che egli facesse inscrivere il suo suppegno nei registri ipotecarj, come vedremo in appresso: perchè il credito comunque ipotecato, si conserva in tutta la sua efficacia personale indipendentemente dall'ipoteca, e i terzi cessionarj colla tradizione del documento autentico e d'unica edizione possono impossessarsene a scapito dei precedenti contraenti. In tal caso si fa manifesto come il suppegnatario per avere un vero suppegno, deve sottoporre a pegno anche il credito personale sottostante: il quale, per essere operativo contro il posteriore cessionario come ogni altro pegno di cosa che non ammette la tradizione materiale, secondo i §§ 451 e 452 del Codice civile deve essere accertato coll' adoperare tali segni, coi quali possa ognuno facilmente conoscere la costituzione del pegno. Il suppegnatario coll'annotamento marginale avrebbe voluto conservare l' ipoteca accessoria; ma prima di ciò dovea conservare l'obbligazione principale.

In riguardo all'ipoteca originaria deve il suppegnatario provvedere alla sua conservazione, perchè senza di essa mancheria affatto quel diritto, per cui il suppegnante potea disporre dell'utilità dell'immobile sup-

(1) Leg. 13. § 2 e leg. 40 § ult. Dig. *de pignor. action.* Balduin, *de pignor* cap. 12 in med. Bachov. *de pignor*, lib. 2. cap. 9

pegnato. Il suo suppegno si risolverebbe tutt'al più nel pegno del credito personale, quando questo fosse tuttavia sussistente. Caducata l'ipoteca accessoria e rimanendo il credito, sopra questo rimarrebbe efficace il suppegno come pegno semplice, quando fosse accompagnato dalle formalità ordinarie, cioè dalla tradizione del documento creditorio e dalla notifica del debitore.

Questi rimarchi differenziali sono della massima importanza per decidere nel conflitto di più acquirenti o suppegnatarii d'uno stesso credito. Il suppegno, come pegno del credito, deve essere corredato nella guisa che dicemmo: quindi non sarebbe necessario alcun' altra formalità pel suppegnatario, quando potesse essere soddisfatto per tal modo. E il suo diritto saria a preferirsi contro gli altri cessionarj, surrogati o suppegnatarj s' egli pel primo e in buona fede avesse ritirato o annotata la sua ragione su quell' unico documento, e avesse fatta la denuncia al debitore. Questa tradizione è la prima e l' essenziale formalità: perchè ottenuto il pegno sul credito personale in confronto di tutti, è pur da preferirsi contro chi avesse inscritto un suppegno: perchè un suppegno non vi può essere quando non ci ha più un credito disponibile per altri.

Però se gli importasse ed abbisognasse anche dell' ipoteca accessoria, il suppegnatario dovrebbe conservarne l' inscrizione originaria, e rinnovarla in tempo debito, come dicemmo di ogni altro cessionario o surrogato. A quest'ultima occorrenza fu provveduto coll' aulico Decreto 15 dicembre 1829, il quale autorizzò » colui che ha ottenuto sopra una pretesa ipotecaria un suppegno inscritto nei pubblici libri, di effettuare in forza della legge, come il proprietario di questa pretesa, entro il prescritto termine del decennio, la rinnovazione dell' inscrizione della medesima, onde colla di lei estinzione non vada perduto il diritto di suppegno, la cui inscrizione per altro egli ha da rinnovare entro il rispettivo decennio » (1). Quindi inferiamo che per questa rinnovazione non si richiederebbe che il suppegnatario producesse il titolo autentico del suo suppegno (2): quando però questo si trovasse inscritto prima che l' inscrizione da rinnovarsi fosse scaduta. E se non fosse inscritto ancora?

5. Il suppegno come ipoteca d'un' ipoteca dev' essere inscritto nei pubblici libri, ma non può inscriversi, se il pegno su cui s'inscrive non è inscritto alla sua volta: ad esempio di ciò che dispone il § 432 del nostro Codice civile, che per inscrivere il nuovo acquisto di proprietà, richiedesi prima di tutto che quegli, la cui proprietà deve trasferirsi in un altro, sia egli stesso già inscritto come proprietario. Anzi in questo riguardo quel § è di tutta attualità; perchè il credito ipotecario starebbe

(1) Pubblicato colla Notificazione del Governo lombardo 31 dicembre 1829, e dalla Circolare 29 dicembre 1829 dell' Appello veneto. Mattei, al § 455. num. 6. Cod. civ. aust. ed al § 471. append. 2. num. 2. cap. 2. § 13. Foramiti *Enciclop. leg. V. inscrizione ipotecaria, vers. rinnovazione*, tom. 3 pag. 117.

(2) Vedi il § XLIX. num. 5. in fine.

al suppegno, come la proprietà all'ipoteca. La proprietà nel sistema tavolare dev'essere inscritta: il credito ipotecario lo dev'essere pure nel nostro sistema. La proprietà è la materia giuridica dell'ipoteca, tale è pure del suppegno il credito ipotecario. Ma il suppegno è per sè stesso nel caso nostro un'ipoteca, una seconda o subordinata ipoteca; di conseguenza diremo che il suppegnatario, perchè sia tale veramente, deve curare che esista in precedenza una valida ipoteca, e deve inscrivere e fare reale il suo diritto con un'apposita inscrizione, o con un'annotamento in margine alla prima.

Se adunque il suppegnatario vuol conservare l'utilità dell'inscrizione originaria, deve conservarla praticandone la rinnovazione. Se però conservata si fosse senza le sue cure, e non avesse fatto inscrivere il suppegno, potrebbe utilizzare in regola generale il credito originario, perchè elementarmente il suppegno del credito ipotecario comprende il semplice pegno del credito: perocchè nel più sta il meno: e chiunque può limitare il libero esercizio del proprio diritto. Questo pegno gli darebbe il vantaggio di far vendere il credito coll'ordinaria azione pignoratizia, d'impedire al debitore di pagare al creditore originario (1), di chiedere il deposito giudiziale della somma disponibile, e infine di farsi rendere giudizialmente aggiudicatario di una tanta parte che corrisponde al suo credito particolare.

Potrebbe ancora provvedere alla conservazione del credito insinuandolo nel concorso aperto sui beni dell'originario debitore, in nome del suo proprio creditore, e domandarne la collocazione ipotecaria (2); perchè avendo il pegno del credito, il suo pegno si estende anche agli accessorii e alle ipoteche del medesimo.

Ma non sempre è dato al suppegnatario di perfezionare il semplice pegno del credito, come avverrebbe nel caso che non si potesse fare la tradizione del documento, o questo non fosse d'unica edizione: talvolta può avvenire che il pegno del credito personale, sia insufficiente all'indennità sua, come se fosse incsigibile per potere il creditore suppegnante rinunciare alla sua ipoteca o postergarsi, per altri creditori. In questi casi avrebbe mestieri di provvedere onde evitare la concorrenza dei posteriori cessionarj, surrogati e suppegnatarj, e d'impedire che l'inscrizione primitiva venisse manomessa; come pure avria bisogno che il suo diritto apparisse dai registri ipotecarj, affine di ricevere la notifica dell'aprimento del concorso da parte del curatore del medesimo, o le intimazioni nel caso d'una singolare espropriazione dello stabile ipotecato: e per tal modo potrebbe insinuarsi nel concorso e nel giudizio d'ordine, e chiedere un'utile collocazione del credito ipotecario suppegnato. Allora sarebbe meglio che

(1) Leg. 40 § ult. Dig. *de pignorat. act.* leg. 1. Cod. *si pignus pignori*. Bachov. *de pignor*. lib. 2. cap. 9.

(2) Troplong, *del pric. hyp* num. 407. Vedasi la sentenza 31 dicembre 1850 nella causa Neri e Tassoni citata nel § XXII, num. 6, vol 1, pag. 498; e più decisamente Nippel, *comento* al § 454. num. 7. Cod. civ. aust

prudenza necessità che egli procurasse la dovuta realità al suo suppegno: acquistasse cioè un'ipoteca sull'ipoteca del credito impegnato. Per ottenere la quale deve praticare un'apposita iscrizione in margine all'iscrizione del credito ipotecario suppegnato. Questa è la disposizione del § 454 che abbiamo esaminata testè, come perfettamente applicabile al caso nostro del vero suppegno; salve le diverse modalità prescritte nel nostro reggime ipotecario. E che questa sia una vera iscrizione ipotecaria fu anche riconosciuto dal Magistrato camerale di Venezia colla Circolare 25 settembre 1832, ove disse « che il suppegno porta una reale inscrizione, a differenza del subingresso, pel quale basta la semplice annotazione al margine . . . . : che col subingresso il creditore cede ad un terzo la propria azione immettendolo nei proprii diritti, per cui non altro occorre che l'annotamento al margine dell' originaria inscrizione. Col suppegno all'incontro il creditore, a cui favore sta l'inscrizione, senza rinunciare alla sua azione di credito ed al suo diritto ipotecario, vincola a favore del terzo il proprio diritto ».

Il suppegno deve essere inscritto nei modi press'a poco uguali a quelli che si praticano per l'inscrizione d'un'ipoteca ordinaria. Però questi modi non ci sono prescritti dalla legislazione del cessato Regno d'Italia, come quella che vedemmo a mala pena convenire nella liceità del pegno del credito ipotecario. Abbiamo però nella legislazione vigente, e precisamente nella legge delle prenotazioni le opportune direttive; la qual ultima legge stabilisce che questa inscrizione si può ottenere col metodo della prenotazione, e ci prescrive se non direttamente, certo indirettamente le formalità dell' inseriztone ordinaria. In riguardo alla prenotazione già vedemmo sotto i §§ XXXII, XXXIV, XXXVII e XL come quella legge concedesse la prenotazione non solo sopra gli stabili, ma eziandio sui crediti ipotecarj; e sotto il medesimo § XXXIV, ossia col § 4 della stessa legge vedemmo prescritte per il triplo dell'istanza di prenotazione le stesse indicazioni che vedemmo dalla legge italica assegnate alle note dell'inscrizione ordinaria. Solamente vi si aggiunge che: « se la prenotazione dovesse farsi sopra un credito ipotecario inscritto sull'immobile, dovrà oltre (l' indicazione della qualità e situazione dei beni immobili, a carico dei quali fu presa l' originaria inscrizione) precisamente indicarsi questo credito insieme alla data e numero della sua inscrizione, ed unirsi all'istanza il certificato relativo dell'ufficio delle ipoteche » (1).

Da questa identità di forme prescritte per la prenotazione del suppegno e per l' inscrizione ordinaria, si può agevolmente discendere a stabilire quella dell' inserizione del suppegno. L'analogia è perfetta. Oltrechè esigendosi col § 454 del Codice civile che il suppegno sia inscritto sul di-

(1) Giudicato: che l'omissione del certificato dell'ufficio delle ipoteche voluto da questo § non è causa di nullità per una prenotazione concessa: decisione aulica 31 luglio 1852 num 7455. Eco de' Tribunali di Venezia, 1855, n. 247. Gazzetta de' Tribunali di Milano, an. 5-1855. num. 158.

ritto di pegno già esistente, in mancanza di disposizioni espresse e particolari la Determinazione 16 marzo 1816 del Governo lombardo ebbe a stabilire all'art. 4: che l'inserizione nei pubblici libri delle ipoteche derivate da atti posteriori all'anno 1815 continuerà a farsi pei corrispondenti effetti di ragione giusta le forme e discipline portate dai regolamenti introdotti dalla cessata legislazione e rimasti ancora in osservanza. Ora il suppegno del suddetto § 454 deve inscriversi sul diritto di pegno già esistente. Per inscriverlo si devono osservare le forme volute per ogni altra inscrizione ipotecaria, perchè il suppegno è ipoteca; per inscriverlo poi sul diritto di pegno bisogna menzionare questo diritto preesistente. Ecco adunque virtualmente applicabile la legge delle prenotazioni.

Il suppegnatario deve ancora presentare, quando chiede l'iscrizione, il titolo da cui deriva il suppegno, che sia in forma autentica: come vedemmo prescritto per l'inscrizione ne'superiori §§ XXI e XXIV.

Coll'aulico Decreto 15 dicembre 1829, che abbiamo citato testè, il suppegnatario è messo in avvertenza di dover rinnovare entro il decennio tanto la propria inscrizione del suppegno, che l'inscrizione originaria dell'ipoteca suppegnata. L'identica disposizione è menzionata nell'articolo 5 delle istruzioni diramate colla Circolare 8 ottobre 1836 del Magistrato camerale di Lombardia.

6. Considerato il suppegno come cosa distinta dal pegno del credito ipotecario, continuiamo a vederne gli effetti identici e gli effetti distinti.

Il creditore, come nell'ipoteca ordinaria il debitore, non può col suppegno trasferire nel suo creditore un diritto maggiore di quello, che egli stesso potesse professare contro il debitore e sul fondo ipotecato. Il testo del § 454 del nostro Codice civile colle parole *in quanto egli vi ha diritto* consacra questo principio in tutta la sua forza. Quindi Zeiller (1), Nippel (2) ed Ellinger (3) dedussero che il suppegnatario non può assicurare il suo credito per una somma maggiore di quella che è dovuta al suppegnante: ma solamente sarebbe tenuto il debitore, secondo che pur rescrisse Alessandro Severo ad un suppegnatario, *usque ad id quod tibi deberi a creditore ejus* (sc. debitoris) *probaveris... quatenus tamen ipse debet* (4). Quindi fu presso di noi giudicato che il creditore del suppegno non potria pretendere dal debitore in pagamento una specie di danaro diversa da quella che fu convenuta col primo creditore (5).

Il suppegnatario non potria esigere il pagamento del credito suppegnato prima della scadenza del proprio credito (6), come vedremo nel Capo seguente in proposito dell'azione ipotecaria (§ LV num 5.). Potrà

(1) Zeiller. *comentario*, al § 454, num. 3. Cod. civ. aust.

(2) Nippel, ibidem.

(3) Ellinger ibidem, e Basevi, ibid. num. 1.

(4) Leg. 4. Cod. *quæ res pignor*. Così anche Marciano nella legge 13 § 2. Dig. *de pignor. et hyp.*

(5) Sentenza 13 dicembre 1855 del tribunale civile di Milano: Gazzetta de' tribunali di Milano, an. 4, 1854, num. 22.

(6) Nippel, *comento* al § 454, num 3. Cod. civ. austriaco.

però egli alla scadenza esigere il debito ipotecario dall'originario debitore o dal terzo possessore senz'altro? Avvertasi che il suppegno e il pegno in genere danno il diritto di far vendere giudizialmente la cosa impegnata, non di impadronirsene senza alcun'altra formalità intermèdia. Gli antichi col succitato rescritto d'Alessandro Severo avrieno detto: ch'egli possa agire direttamente contro il debitore: ma essi aveano anche permesso al creditore ipotecario in genere di vendere privatamente o di appropriarsi la cosa, salvo ai successivi creditori il *jus offerendi*, e al debitore (creditore suppegnante) di ripetere ciò che avanzava al pagamento del credito coll'azione pignoratizia (1).

Tuttavia si deve rispondere egualmente anche per la legge vigente, perchè la vendita è necessaria quando si vuole ricavare un valore in danaro dalla cosa impegnata: ma quando questa cosa come il credito suppegnato è per sè stesso rappresentato da danaro, e il suppegnatario è pronto a riceverlo per il suo valor nominale, non ci ha bisogno di ulteriori procedimenti: solo potrebbe e dovrebbe il debitore e il terzo possessore convenuto da colui denunziare la lite al creditore originario per le sue eventuali opposizioni al professato suppegno dell'attore. In questa conclusione d'altronde ci soccorre il Regolamento giudiziario, il quale nel §§ 401, 404, 405, 406, 410, 411, 413 e 414 concede l'assegno esecutivo immediatamente sopra i crediti del debitore.

Fu giudicato colla sentenza 10 gennajo 1851 d'una prima istanza, confermata dalla sentenza 11 aprile 1851 dell'Appello veneto, che il creditore del suppegno lo conservi contro il suo debitore, sebbene non egli, ma il suo debitore lo avesse insinuato nel concorso aperto sulla sostanza del debitore originario: e possa in seguito esercitarlo sul credito stesso insinuato e utilmente graduato sul residuo prezzo del fondo venduto, anche in confronto di altri suppegnatarj e cessionarj posteriori. La ragione di questa decisione fu nettamente dedotta ne' suoi motivi. Poichè quel suppegnatario conservava il suo diritto verso il suo proprio debitore che non era punto oberato; i posteriori suppegnatarj coll'insinuarsi nel concorso del debitore originario non acquistavano alcun titolo di preferenza; il concorso non avria potuto pagare quel credito in pregiudizio dell'anteriore suppegnatario (2).

Dicemmo che il suppegno per essere veramente tale dev'essere inscritto con una sua apposita inserizione; e che questa inscrizione dev'essere rinnovata. Dicemmo che senza di ciò rimarrebbe tuttavia il pegno semplice del credito, al qual pegno verrebbe come accessorio l'ipoteca accessoria del credito. Aggiungemmo che questo pegno si potria perfezionare colla semplice tradizione del documento creditorio che fosse d'unica edizione: che però nol si potrebbe se il titolo del credito apparisse da un istro-

(1) Vedasi di ciò nel Capo seguente *dell'Azione ipotecaria*

(2) Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia, an. 6, 1855, num. 10.

mento notarile, ossia da una copia che può essere moltiplicata. Colla ipotesi che, mediante quella così efficace tradizione il suppegno non inscritto si traducesse in un valido pegno, restringeremo l'opinione di Carozzi (1), di Degli Sforza (2), di Mattei (3) e di Basevi (4), i quali sembrerebbe che dicessero che il suppegnatario senza dell'iscrizione non possa conservare alcun diritto contro i posteriori suppegnatarii, cessionarii o surrogati.

Però la loro opinione si può ridurre alla materia soggetta al loro esame. Essi parlarono del suppegno: e del suppegno diciamo pur noi che senza inscrizione non esiste: perchè il suppegno è ipoteca d'ipoteca. Ma noi abbiamo proposto un caso diverso: se cioè ed in quanto ci sia e ci possa essere un semplice pegno del credito ipotecario. Questo può sussistere colla tradizione del documento d'unica edizione.

§ LIV.

Il debitore originario non può pagare il debito al primo creditore, o convenire con esso in altro modo, senza il consenso dei terzi che hanno ottenuto e gli hanno notificato il subingresso o il suppegno, oppure deve farne il deposito presso il giudice: senza di che il fondo ipotecato rimane tuttavia obbligato in favore dei medesimi.

Arg. dai §§ 455, 1395 e 1396 del Codice civile austriaco, e dal § 406 del Regolamento giudiziario.

SOMMARIO

1. Lo scopo della notifica da farsi al debitore è quello d'impedire il pagamento in pregiudizio di chi ottenne il subingresso o il suppegno.
2. Non è quindi necessaria alla validità formale della cessione e del suppegno. Critica della legislazione e giurisprudenza francese, e d'una opinione di Nippel.
3. Come dev'essere fatta questa notifica: se basti una qualunque notizia.
4. Se sia necessaria la notifica nell'interesse del terzo possessore e nel caso della surroga.
5. Effetti pratici della avvenuta notifica.

(1) Carozzi, *giurisp. del Cod. civ. aust.* tom. 10, cap. 1. num. 14 e 15.

(2) Degli Sforza, *Dir. di pegno*, cap. 10 § 35, pag. 255.

(3) Mattei, al § 455, n. 1, Cod. civ. aust.

(4) Basevi al § 454, num. 6. Cod. civile aust.

1. Il subingresso nel credito ipotecario e il suppegno determinano dei nuovi rapporti tra i contraenti e il debitore, che non abbiamo ancora esaminati nei §§ precedenti. Perocchè ivi trattammo della natura e degli effetti di quelle convenzioni nei rapporti tra i contraenti e verso i terzi. Ne supponemmo in genere la possibilità e l' efficacia anche in riguardo al debitore, ma non ci fermammo a considerare con ispeciale attenzione questo nuovo rapporto. E questo è il compito che ci assegniamo al presente.

Nel § 1305 del Codice civile austriaco si legge: « dalla cessione nasce un nuovo obbligo tra il cedente soltanto e il cessionario, e non già tra quest'ultimo e il debitore ceduto. Perciò il debitore, fino a che non gli sia noto il cessionario, ha diritto di pagare il suo primo creditore, o di accordarsi con lui in altro modo ». E pel § 1396: « ciò non è più lecito al debitore tosto che gli sia notificato il cessionario ».

In riguardo al suppegno è disposto nel § 455 dello stesso Codice: « se al proprietario viene notificato il suppegno, non può pagare al suo creditore il debito se non col consenso del terzo, a cui la cosa fu ulteriormente impegnata, o deve farne deposito presso il giudice, senza di che la cosa impegnata rimane obbligata a favore di quello, a cui fu impegnata ulteriormente ». Ed in riguardo poi all' assegno giudiziale il § 406 del Regolamento del processo civile stabilisce che: « l' attore dovrà comunicare l'assegno al debitore del reo per copia autentica; poichè altrimenti non gli competerà alcuna reintegrazione contro lo stesso debitore, se questo avesse soddisfatto prima il debito ».

Ella è necessaria questa notifica per l'efficacia della cessione e del suppegno, non però per la loro essenza; perocchè vedemmo che la volontà del creditore in quei casi, o la disposizione della legge nei casi della surroga ne costituiscono la sufficiente ragione giuridica. Ma questa denuncia è necessaria come mezzo all'effettività estrinseca di quelle transazioni: è necessaria in molti casi, non però sempre. La volontà privata o la legge possono determinare questa successione di creditori: ma non possono avere effetto per il debitore, se questi non conosce o il fatto di quella volontà, o il pagamento del terzo cui la legge attribuisce la surroga. Qualunque legge privata o pubblica non può essere efficace se non è promulgata. La cessione, la surroga e il suppegno sono efficaci tra il primo creditore e il suo avente causa, ma prima che il debitore ne abbia notizia, sono legge soltanto fra i contraenti; e secondo il § 1395 sovra citato il debitore, fino a che non gli sia noto il cessionario, ha diritto di pagare il suo primo creditore, o di accordarsi con lui in altro modo. Nessuno può essere tenuto all'osservanza di leggi ch'egli non conosce o non potesse conoscere: e questa è la vera ragione della denuncia di cui diciamo. E soggiungiamo colla gravissima autorità del Cardinale De Luca: *tum etiam quia esset ita latissimum aperire aditum fraudibus et collusionibus; quoniam posset quilibet, colludendo cum conjuncto vel fiduciario, huic in*

amplissima forma cedere debitum, deindeque ab ignaro debitore exigere, ut postmodum cessionarius illud denuo exigat, absque debitoris relevatione ob cedentis impotentiam (1).

Questo non può secondo giustizia avvenire: poichè il debitore, al quale è ignota la cessione, non hà altra legge che il suo contratto: quindi se egli avesse pagato direttamente al suo creditore, avria soddisfatto a tutti gli obblighi suoi, e n'andrebbe liberato per sempre (2). Ma s'egli prima del pagamento o prima della novazione avesse ricevuto la denuncia e la notizia della espropriazione totale o parziale che avesse fatto il creditore del suo diritto in prò d'un terzo, egli deve prestarvi attenzione, e rimane obbligato a rispettare queste nuove risultanze giuridiche (3).

Onde noi possiamo trarre questo corollario: che la cessione, la surroga e il suppegno sono perfetti anche senza il consentimento del debitore: solo si richiegga che sieno portati a sua conoscenza; sono una legge anche per lui, la quale ha solo mestieri d'essere promulgata, e lo obbliga come suddito, non come contraente; che la promulgazione di questa legge privata presuppone preesistente e perfetta la legge stessa; che la denuncia infine non è una formalità costitutiva della legittimità di quelle transazioni, ma una condizione dell'estrinseca sua efficacia nel semplice interesse del debitore.

2. Lo scopo della denuncia è però limitato a questo solo riguardo, e la cessione, la surroga e il suppegno sarebbero validi negli altri rapporti e nell'interesse de'contraenti e dei terzi, siccome dissimo nei §§ precedenti.

Ciononpertanto presso i francesi e i loro imitatori si attribuì a questa formalità un'importanza pratica molto maggiore. Incominciarono con Pothier ad assomigliarla a quella della tradizione, e con ciò stabilirono che come la proprietà delle cose materiali non s'acquista prima della tradizione, così il cessionario non potesse dirsi investito del credito ceduto prima d'averla notificata al debitore: ed in quel modo che fra più acquirenti si preferisce colui, al quale pel primo fosse stata consegnata la cosa, così tra più cessionarj e surrogati si dovesse preferire il primo notificante (4). Argomentavasi Pothier non da una qualche ragione speculativa: ma da una sua maniera d'interpretare l'art. 108 dello statuto di Parigi, il quale a vero dire non concludeva proprio per nulla. Quell' articolo, allegato da Troplong (5), prescrivea di qual formalità dovesse essere rivestita la cessione per aver forza esecutiva contro il debitore ceduto: *un simple*

(1) Card. De Luca, *de cred.* disc. 70, n. 9,

(2) Leg. 15, § 2, Dig. *de pignor. et hyp.* leg. 40, § 2, Dig. *de pignor. action.* Sudd. § 1395. Cod. civ. aust. Carozzi, *Giurisprud.* dello stesso Cod. tom. 10, *del dir. di pegno.* cap. 1, num. 15, cap. 4, n. 2.

(3) Leg. 4, Cod. *quæ res pignori* Hotoman, in hanc legem. Franc. Balduin, *de pign.* cap. 12, in med. Card. De Luca, *summa de credit. et deb.* n. 177-185, Voet, *in pand.* tit. *quibus mod. pign. solv.* n. 2.

(4) Pothier, *vente*, n. 555-558.

(5) Troplong, *vente*, n. 882.

transport ne saisit point; et faut signifier le transport à la partie, et en bailler copie. Prima di procedere esecutivamente bisognava denunciare al debitore la cessione, esibendogli una copia di essa. Ma non si diceva null'altro. Quella disposizione era giustissima. Il cessionario non dovea inopinatamente procedere all'esecuzione senza farsi prima annunciare al debitore, e giustificargli il proprio diritto coll'esibirgli il titolo della cessione. La denuncia è necessaria per avvertire il debitore, sia perchè non paghi al suo creditore originario, sia perchè paghi al subentrato. Ma ci avea una distanza enorme da questa limitata disposizione, al dire che questa pratica fosse necessaria in qualunque caso, e che senza di essa la cessione non potesse avere alcun effetto contro i terzi. Eppure Pothier lo disse, e i compilatori del Codice Napoleone lo tradussero scrivendo nell'articolo 1690 che « il cessionario non ha diritto verso i terzi, che dopo fatta la denunzia al debitore della seguita cessione ». E questa conclusione è accettata senz' altro presso i commentatori francesi (1), e nei Codici italiani infarinati della crusca francese (2), e fin' anco presso quel dottissimo nostro Chiesi, che pur vidde come questa denunzia, nei termini del suddetto articolo 1690, non è punto necessaria a rendere perfetta e valida la cessione; che questa « è tale contratto (sono sue parole) che si compie e perfeziona tra il cedente e il cessionario senza alcun riguardo al debitore; ed anzi dice la legge 3. Codice *de hereditate vel actione vendita*, che la cessione di un credito qualunque si fa anche malgrado la contraria volontà del debitore: *nominis venditio et ignorante, vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet*. La detta denunzia (continua il medesimo) è voluta nell'interesse del cessionario, affinchè il debitore avvisato dell' avvenuta cessione non paghi il suo debito nelle mani del cedente. Infatti (così) dispone l'art. 1691 dello stesso Codice francese . . . . Questa disposizione spiega chiaramente lo scopo della denunzia e gli effetti al cessionario funesti, che dalla ommissione della medesima possono derivare (3) ». Epperchè adunque con quella legge attribuì pur egli stesso (4) alla denunzia un' effetto così esagerato? Egli riconobbe valida la cessione come contratto valido tra i contraenti: riconobbe che la denuncia è necessaria allo scopo di impedire che il debitore paghi il suo debito al cedente piuttosto che al cessionario: riconobbe che il debitore non ha alcuna ingerenza attiva sulla validità della

(1) Troplong, *vente*, n. 888, 903, Duvergier, *vente*, tom. 2. n. 178 e seg. Duranton, *droit civ.* tom. 12, n. 126, Gauthier, *subrogation*, n. 133 e seg. Mourlon, *examen critique au comm. de M. Troplong*, n. 18.

(2) All' art. 1690 del Codice Napoleone corrispondono l'art 1536 del Cod. siciliano, l'art. 1305 del Cod. parmense, l' art. 1696 del Cod. albertino, e l' art. 1591 del Cod. modonese. Invece si considera perfetta in riguardo ai terzi la cessione colla sola tradizione del documento nell' art. 842 del Cod. ticinese. In Romagna e Toscana si stà nella moderazione del Diritto commune. Così nell' art. 30 della legge ipotecaria di Toscana si dice che ommessa la denuncia, il pegno del credito è di nessun effetto *in danno dei debitori*.

(3) Chiesi, *sistema ipotecario*, n. 495.

(4) Ibidem, e nel precedente num. 491, vol. 2, pag. 346 e 356.

cessione; per qual ragione adunque volle egli che la cessione non valesse presso i terzi prima di quella denuncia? Egli non ce ne esibisce alcuna. E i francesi cosa dissero? Secondo Mourlon prima di questa denunzia il credito permane in potere del cedente (1). Eppure nel § LI abbiamo largamente veduto come nei rapporti tra i contraenti la cessione fosse perfetta col solo consenso, e che nel rapporto coi terzi bastasse che questo consenso fosse conosciuto o conoscibile dai terzi medesimi. Non è il debitore quegli che trasferisce il credito; egli non è l'autore della cessione; il suo consenso propizio o contrario conta per nulla; ma la causa vera della cessione consiste nella volontà del creditore cedente. Dicemmo che questo consenso e la cessione conseguente per valere contro i terzi deve essere conosciuta o conoscibile: e non per altro fine vedemmo necessaria la tradizione del titolo da cui si prova il credito ceduto; e nei rapporti col debitore dicemmo necessaria la denuncia, ossia la cognizione della cessione; ma questa notizia dev'esser data per il solo suo interesse e non per quello d'altrui. In ogni caso quella proposizione dovrebbe esser provata: dovrebbe il signor Mourlon dimostrare perchè il credito rimane appresso il cedente. In difetto di questa prova, e la sua opinione e l'articolo 1690 del suo Codice non sono accettabili nella giurisprudenza universale, che non riconosce alcun vero, ove non sia illuminato da una conveniente deduzione razionale.

Anche Troplong pretese di giustificare quell'articolo come perfettamente analogo all'articolo 1141 dello stesso suo Codice, relativo alla tradizione delle cose mobili (2): quasichè la cessione del credito si potesse assomigliare all'alienazione d'una cosa materiale. Noi lo dissimo più d'una volta: che la trasmissione della proprietà delle cose materiali mobili od immobili dev'essere accompagnata da un'estrinseca dimostrazione, per cui le cose stesse oltre al manifestare in pubblico la loro utilità economica mostrino eziandio qual sia la loro condizione giuridica. La tradizione, l'occupazione e l'inscrizione sono altrettante maniere di questa dimostrazione giuridica. Ma in riguardo al diritto creditorio, che è una cosa metafisica, immateriale, la bisogna è ben diversa. Ogni diritto creditorio ha in vero con sè un'utilità, una sostanza economica, e perchè questa sia meglio apprezzabile, dicemmo in principio del § LI che deve apparire da un documento facilmente trasmissibile dal creditore ad altri. E difatti trattando dell'efficacia della cessione in confronto ai terzi, ponemmo come la tradizione del documento fosse formalità necessaria alla compiuta efficacia della cessione. Fin qui riscontriamo un'analogia colla tradizione della cosa materiale mobile: in quanto che il documento in modo indiretto, e la cosa materiale in modo più diretto esibiscono una rappresentazione di valore, che deve essere accompagnata da una simile manifestazione giuridica.

(1) Mourlon, *examen critique*, n. 18.

(2) Troplong, *vente*, n. 883.

Ma qui non parliamo di quella formalità. Noi trattiamo qui della denuncia da farsi al debitore. Ella è questa una formalità necessaria in qualche caso, ne' rapporti limitati all'interesse del debitore e del cessionario, non ne' rapporti coi terzi. Concediamo a Troplong quel primo scopo: neghiamo il secondo. Concediamo ancora che, se il debitore avesse pagato a un posteriore cessionario avanti di ricevere la notifica dal cessionario anteriore, egli saria liberato. In questo caso sarebbe sempre protetta la sua buona fede: come quegli che ignaro degli antecedenti impegni del suo creditore avria pagato a termini del suo contratto, e secondo il contratto di cessione, che gli fu esibito pel primo. La notifica è appunto necessaria sì nell'interesse del cessionario per impedire le posteriori collusioni del debitore col cedente, che nell'interesse del debitore stesso di non essere tenuto se non a quelle leggi e a quei contratti che gli furono notificati.

Ma nel caso che più cessionarj avessero praticata la denuncia prima che il debitore avesse pagato ad alcuno di essi, non ammetteremo che il primo notificante sia a preferirsi al primo cessionario. Qui non entra per nulla l'analogia della tradizione delle cose mobili. Noi diremo qui che due sono i criterii del decidere: l'uno formale del *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, e per esso diremo che l'anteriore cessionario dovrà preferirsi al secondo, perciocchè la cessione è perfetta appena che il creditore originario vi avesse acconsentito. L'altro è il criterio pratico della buona fede invincibile e incolpevole, per il quale talvolta il posteriore cessionario si può avvantaggiare sul primo, quando per la tradizione del documento creditorio d'unica edizione, o in mancanza di simile documento coll'annotazione in margine alla inscrizione ipotecaria del credito ceduto, amminicolasse la propria buona fede contro la colpevole negligenza dell'antecedente (1). Nemmeno per questo stimiamo che possa riescire di molto giovamento al posteriore cessionario l'anteriorità della notifica. Non può giovargli assolutamente quando l'anteriore cessionario avesse pel primo ricevuta la tradizione del documento d'unica edizione, e avesse praticato l'annotamento di subingresso o di suppegno: poichè il posteriore cessionario non potrebbe scolpare la propria negligenza. S'egli fosse stato diligente avria provveduto colla tradizione del documento e colla inscrizione; se non le praticò non può amminicolare la sua buona fede, e la denuncia che avesse fatta pel primo, siccome non è che un avviso particolare al debitore, non poteva con essa arrecare alcun impedimento al diritto acquisito dai terzi, ed iscusare la propria buona fede. Egli dovea sapere che la cessione, la surroga e il suppegno sono transazioni perfette nei rapporti tra il primo e il secondo creditore. Sono anche perfette in riguardo ai terzi quando la trasmissione del di-

(1) Vedemmo un' importante applicazione di questi due criterii in riguardo al trasferimento della proprietà fondiaria nel § XIV, in riguardo alle cessioni e surroghe nel § LI, e per riguardo al suppegno nel § LIII num. ultimo.

ritto creditorio è accompagnata dalla trasmissione de' mezzi adatti a farlo valere. Se egli trascurò d'impossessarsi di questi mezzi, commise una colpa che lo esclude dai beneficii di quel principio pratico di deduzione.

Non spenderemo molte parole nel confutare quest'altro argomento di Troplong, che la denuncia sia necessaria per prevenire le finte cessioni. Imperocchè tanto il vero che il finto cessionario possono egualmente praticare questa denuncia.

Noi non ci stupiremo però che questa conclusione sia tanto radicata nella giurisprudenza francese (1); nè rimbeccheremo Troplong di quell'aperta contraddizione in cui cadde nel pretendere la necessità di questa denuncia, mentrechè sostenne in altro luogo con molto calore che la proprietà delle cose immobili si trasferisce mercè del solo consenso (2): quasichè la proprietà fondiaria fosse qualche cosa di più metafisico che non sia il semplice diritto creditorio. Ma ci basti per salutare avviso che il fondamento di queste convinzioni (se pure meritano questo nome) è tutto riposto in un articolo del Codice vigente.

Il qual articolo nell'interesse della giurisprudenza universale si riduce ad una vana asserzione. Quindi torremo di mezzo tutti i corollarj pratici che vi deducono: perocchè dicono i francesi che la priorità della notifica attribuisce la prelazione di diritto indipendentemente anche dall'anteriore tradizione dei documenti (3): nel mentre pur vedemmo come il secondo cessionario non potesse essere preferito che per la sua buona fede, e questa è inammissibile ove ci ha colpa: ed è in colpevole negligenza chi non si procura la tradizione dei documenti necessarj all'esercizio del diritto acquistato.

Soggiunge Mourlon che parificandosi la denuncia al sequestro, fra più notificanti si dovrebbe osservare la concorrenza come tra più sequestranti (4). Ma è presto replicato, che i diversi sequestranti concorrono, quando intervennero per un titolo dell'egual efficacia prelativa: non concorrono quando il titolo dell'uno distrugge quello dell'altro, come nel caso presente di più cessionarj d'uno stesso credito (5).

Anche Nippel compartecipa l'esagerata opinione dei francesi professando che la notifica fatta dall'uno de'cessionarj al debitore stabilisce la prevalenza del suo diritto in riguardo ad un'anteriore cessionario d'uno stesso credito, che non avesse notificato: giacchè, soggiunge letteralmente, dal momento che al debitore è nota la persona del cessionario, colla presentazione dello scritto di cessione, nasce in lui l'obbligo di pagare il

(1) Vedi Troplong, *vente*. n. 884, 913 e 926, e i giudicati riferiti da Sirey *recueil génér. des lois*. tom. 14, par. 1, pag. 198 n. 9.

(2) Vedasi la controversia che abbiamo sostenuto in proposito nel § XIII, n. 9.

(3) Pothier, *vente*, n. 558, Troplong, *vente*, num. 888, 889 e 903, Toullier, *droit. civ.* liv. 3, tit. 3, ch. 5, n. 127, Mourlon, *examen critique*, n. 18.

(4) Mourlon, ibidem, num. 18.

(5) Per la concorrenza di più sequestratarj dissimo già nel § IX, n. 3 e 4 e nel § XLIX n. ult.

cessionario da lui conosciuto, il quale obbligo non viene tolto mediante la produzione dell' altro documento di cessione, quantunque anteriore (1).

Ma si osserva per rilevare l'erroneità di questa opinione, che la legge dei §§ 455 e 1396 del Codice civile non obbliga già il debitore notificato precisamente a pagare il debito nelle mani del primo notificante, e molto meno poi a farsi giudice della consistenza de'rapporti tra il cedente e il cessionario o il suppegnatario, o tra diversi cessionarj.

La legge prudentemente si esprime in questa guisa: il debitore dopo la notifica non può pagare il suo creditore senza il consenso dei notificanti; e non essendo possibile e sicuro un pagamento, pratichi il deposito giudiziale. La notifica adunque non ha maggior valore d'una diffida qualunque: impedisce la continuazione degli originarj rapporti, ma non introduce un'assegnamento pieno, quale in ultima analisi vorrebbe Nippel; perchè a termini dei §§ 1401 e 1402 del Codice civile, mancando il contrattuale acconsentimento del debitore assegnato, la cessione, ossia l'assegnamento meno pieno ha effetto soltanto tra quelli che l'hanno pattuito, cioè tra il cedente e il cessionario. Quindi il debitore semplicemente notiziato non ha contratto alcun obbligo preciso in riguardo al notiziante, se non quello di attendere il suo consenso quando fosse richiesto dall'originario creditore o da altri pel pagamento del suo debito E diffatti Winiwarter dice più esattamente che il debitore notiziato rimane obbligato ad aver riguardo al secondo creditore (2).

Se non che lo stesso Nippel mal si accorda con sè medesimo; poichè nel successivo § 482 num. 2 in proposito del suppegno a chiare note stabilisce come la notificazione della pignorazione al debitore non sia necessaria per l'acquisizione del diritto di pegno; il quale comincia dal momento in cui il documento fu pignorato e consegnato: e nel num. 3 del comento al § 484 soggiunge pure che il debitore può, depositando in giudizio la somma dovuta, liberarsi dal suppegnatario quando il suo credito non fosse per anco esigibile.

Se queste conclusioni sono vere nel suppegno, epperchè la notifica produrrà un effetto maggiore nella cessione? Il debitore può così liberarsi da un creditore, quando non è ancora scaduto il termine del pagamento, appunto perchè la notifica praticata non ha innovata la natura della sua antica obbligazione, e non gli impose alcun nuovo obbligo positivo verso del notificante.

3. È una quistione molto agitata se si richieda una notifica formale, o basti che il debitore abbia una qualunque notizia della cessione e del

(1) Comento al § 427. n. 4, e nel § 455, num. 1, parla nella stessa guisa del suppegnatario. Così anche Liberale Berelta, *manuale della compra vendita*, par. 2, n. 55.

(2) Winiwarter, *Dir. civ*, tom. 2, § 144.

suppegno. Nel § 406 del Regolamento giudiziario vedemmo che l'attore che ha ottenuto l'assegno giudiziale deve notificarlo al debitore assegnato *per copia autentica*. Però si può disputare ancora se questa formalità sia essenziale; perciocchè il Codice civile promulgato posteriormente parla in termini più generali, e nello stesso Regolamento si dice soltanto che il debitore non dovrà al notificante alcuna reintegrazione se avesse soddisfatto prima il debito; col che sembrerebbe esiggere la notifica senz' altro, senza pretendere che sia fatta precisamente in quel modo. Nemmeno presso le leggi romane o le francesi si trova deciso questo postulato. Bartolo avea insegnato che non fosse necessaria una diffida formale del suppegnatario, ma che bastasse una qualsiasi scienza (1). Ma la Glossa (2), Baldo e Saliceto (3) vollero una formale denuncia per parte del creditore, cessionario o suppegnatario, alla quale però si potesse supplire collo stesso effetto mediante la contestazione della lite, o nel caso che il debitore avesse pagato al cessionario o suppegnatario una parte del debito: nei quali casi si proverebbe che il debitore avesse avuto la certa scienza. In caso diverso la semplice notizia che avesse acquistata il debitore, non lo obbligherebbe ai terzi aventi causa dal suo creditore. E questa sembra la opinione più ricevuta (4); ma con questa ulteriore avvertenza: *notandum tamen hic puto*, scrive Brunnemanno, *denunciationem ita faciendam debitori, ut plena fides ei fiat de debito cesso* (5).

Non è da ommettersi che questa denuncia espressa o implicita non è affatto necessaria nel caso d'una azione al portatore, che appartenesse ad una instituzione di commercio, od altra qualsiasi che avesse i suoi fondi assicurati da ipoteche: poichè simili effetti sono girabili senza alcuna formalità, perfezionandosi la loro cessione colla sola tradizione dei medesimi (§ 1393 Codice civile).

Così è della girata delle lettere di cambio, che si riferissero ad un credito munito d'ipoteca, in modo che nell'istromento di mutuo fosse stato convenuto nella forma di tratte, e fosse stato insieme assicurato colle ipoteche; e nelle cambiali si fosse fatto menzione delle ipoteche medesime. Troplong non dubita della validità della girata accompagnata della relativa assicurazione reale (6), la quale si potrebbe perseguitare nella via civile ordinaria, senza che a ciò fosse bisogno di alcuna denuncia. E la ragione sembra evidente; perchè il debitore che ha sottoscritto quegli effetti cambiarii, sa di non poter pagare ad altri che al presentatore dei medesimi.

(1) Bartol. in leg. *nomen*. 4 Cod. *quæ res pignori*. Neguzant. *de pignor*. par. 2, m. 3, num. 26.

(2) Alla sudd. leg. voc. *certior*.

(3) Nella legge 3, Cod. *de novationibus*.

(4) Neguzant, *de pignor*. par. 2, mem. 3, n. 27, Salgado, *labyr. cred.* par. 1, cap. 27, n. 60, Holoman, in leg, 4. Cod. *quæ res pignori*. Fabro, in Cod. lib. 8 tit. 14, def. 2, Troplong, *vente*, num, 900, Carozzi, *Giurispr. del Cod. austr.* tom. 10, cap. 1, n. 16. Mattei, al § 455, n. 3, Cod. austr.

(5) Brunneman, *de cession act.* cap. 5, n. 25, Nippel, al § 452, n. 2, Cod. austr.

(6) Troplong, *vente*, num. 906.

Nello stesso modo non occorrerà la denuncia nei casi che non reslasse altro creditore che il surrogato: come avviene nelle successioni ereditarie. In questo conviene lo stesso Troplong, che pure commise tanto interesse a questa pratica (1).

Ellinger (2) e Degli Sforza (3) dissero di comprendere benissimo come nel Diritto romano, presso il quale ogni credito ipotecario era occulto, fosse necessaria la denuncia per avvertire in qualche modo il debitore dell'avvenuta cessione o suppegno. Come pure riconobbero questa necessità in riguardo alla cessione e al suppegno di qualunque credito personale non iscritto. Ma per riguardo ai crediti ipotecarj apparenti dai pubblici libri non sembrò loro necessaria la denuncia del posteriore trasferimento, apparendo questo negli stessi pubblici registri per l'annotamento marginale, ed avendo con ciò il debitore un mezzo conveniente per venirne a cognizione.

Però l'opinione contraria è la più vera; perocchè la legge coi §§ 438 e 1395, pur avendo di mira la pubblicità del sistema tavolare, non distingue come essi fanno: *et ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, almeno senza una ragione evidentissima. Anzi per iscartare quella distinzione ci ha una ragione decisiva, suggerita dalla natura della pubblicità ipotecaria e tavolare. Perocchè le ipoteche, i suppegni, le successioni creditorie e gli annotamenti marginali appajono a chiunque voglia consultare i suddetti registri; ma questi si consultano solamente allora che si sta per acquistare alcun diritto o sullo stabile o sul credito inscritto. Per questo riguardo ponemmo nel § XLVIII che l'inscrizione è richiesta all'unico scopo di avvertire il pubblico *della realità* degli oneri inscritti. L'inscrizione per ciò non è fatta pel debitore, ma *per i terzi*. Il debitore è tuttavia debitore anche senza l'inscrizione. Questa è dunque una formalità estranea al suo debito. L'inscrizione d'altronde non è modo di cognizione giornaliera e continua: i libri pubblici non si devono consultare ad ogni momento. Troppo gravosa sarebbe quella legge che costringesse il debitore a consultarli ad ogni minima occorrenza. Quindi diciamo: che l'inscrizione e l'annotamento non possono eguagliarsi ad un avviso diretto alla persona del debitore, e coll'opinione contraria si interpreterebbe la legge in modo assai più gravoso al debitore medesimo. Il debitore nell'accingersi a pagare non deve far altro che attenersi ai rapporti creditorii che esistono e sono a sua cognizione. La scritta di debito lo avverte che il tale è creditore: finchè non si prova la successione d'un altro creditore, egli continua a trattare con quello, e può sciogliere il suo debito nelle sue mani.

Nè mi si opponga che pel § 469 del Codice civile l'ipoteca continua

(1) Troplong, *vente*, n. 907.

(2) Ellinger, *manuale del Dir. civ. aust.* sub. § 456.

(3) Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap 10 § 56.

ad affettare il fondo, finchè l'inscrizione del credito non sia cancellata, e che perciò il cessionario d'un credito estinto conserva il suo diritto se ha praticato l'annotamento prima della cancellazione. Poichè prima di di tutto quel § è esclusivo al sistema tavolare (1), e in secondo luogo ed anche secondo quel sistema quella disposizione è prevenuta dall'obbligo della denuncia stabilito nei §§ 443 e 1396 dello stesso Codice. Colla qual cosa il Legislatore provvide ai casi ordinarj: che cioè il debitore deve essere notiziato delle cessioni, per regolarsi in tutte le pratiche posteriori alla medesima. Quindi avverrebbe che la cessione si conserveria se fosse fatta ad un terzo di buona fede sopra un credito già estinto: ma non starebbe se per causa dell'ommissione della denuncia il debitore avesse pagato il debito all'originario creditore.

4. La dizione del § 453 del Codice civile colle parole *se al proprietario viene notificato* ecc. suggerisce il dubbio, se questa notifica si debba fare solamente al debitore personale, ovvero anche al terzo possessore dello stabile ipotecato al credito ceduto o suppegnato. Basevi non esita punto nel dire che la legge contempla il caso più comune che il proprietario della cosa impegnata sia anche debitore personale, e che questa notificazione, se fosse fatta al proprietario non debitore, non produrrebbe alcun effetto (2). Quest'opinione dev'essere ventilata, perchè il dubbio proposto verte sopra rapporti complicati, che non si possono sciorre con una semplice enunciativa. Conveniamo a tutta prima nel dire che il possessore non sia nè di diritto nè di fatto debitore personale del debito inscritto. Pagandolo, paga un debito altrui, e pagando un debito altrui è surrogato dalla legge nel credito dimesso. Se prima d'essere pagato quel credito era stato ceduto ad altri, soffrirebbe la concorrenza di essi, e non avressimo che a riproporre quelle conclusioni, che presentammo nella trattazione dei §§ LI (num. 14 e 39) e LIII (num. 4-6). Egli sarebbe vinto dall'anteriore cessionario, o surrogato, o suppegnatario, se prima di lui avessero costoro confortato il loro diritto col documento traslativo di indubbia data, colla tradizione del documento creditorio d'unica edizione, e coll'inscrizione in margine all'inscrizione originaria. Ma d'altra parte, in quanto il possessore potesse amminicolare in loro confronto la prevalenza della sua buona fede, coloro gli sariano posposti. In questo caso adunque, checchè opini il signor Basevi, sarebbe necessario a costoro che all'atto della cessione, della surroga o del suppegno impedissero al possessore di surrogarsi dappoi colla denuncia.

Domandiamo ancora se l'obbligo della notificazione sia specialmente dalla legge accollato ai cessionarj e ai suppegnatarj, ovvero se s'estenda per analogia anche ai surrogati.

(1) Vedi il § XLVIII, n. 5, in fine, Vol. 2, pag. 74.

(2) Annotazioni, al § 453, num. 1. Cod. civ. aust.

Gauthier nel silenzio della legge francese decide per la negativa, pur suggerendo che sia cautela il praticarla (1). Ma parmi che la contraria opinione di Toullier (2) sia la più autorevole, perchè identica a quella del caso della cessione e del suppegno è la ragion del decidere. Il debitore può pagare all'originario creditore senza guardare all'inscrizione e ai diritti dei terzi, ai quali è estraneo. Vuolsi che vi abbia riguardo? Gli si comunichi in tempo la novella legge della avvenuta cessione, della surroga legale, o dell'inscritto suppegno.

5. Lo scopo diretto della notificazione da farsi al debitore dicemmo consistere in ciò che il debitore stesso non può più sciogliere il suo debito, senza avere riguardo ai diritti acquisiti dai terzi; in caso diverso sarebbe tenuto ad un secondo pagamento.

Questa pratica non varrebbe però per sè sola a perfezionare la cessione o il suppegno notificato in confronto ad altre cessioni e suppegni anteriori non notificati peranco; e questa conclusione negativa fu per noi stabilita superiormente (num 2.) nella critica della legge francese. Ed aggiungiamo che la notifica anteriore dell'anteriore cessionario non esclude che altri cessionari dieno pur la notizia delle loro cessioni; e questa, sebbene sia inconciliabile colla precedente, non esenta il debitore dall'avervi riguardo, nel senso ch'egli non può pagare nè al creditore originario, nè ad alcuno de'suoi aventi causa, finchè s'accorge d'alcuna contraddizione nelle loro pretese. Quand'egli dubitasse di ciò, egli non deve farsene giudice ed arbitro; ma dovrebbe o non pagare finchè fossero acquetate le dispute, o depositare giudizialmente l'importo del suo debito.

Se però il posteriore cessionario avesse notificata la cessione al debitore, e questi avesse pagato prima di ricevere la notifica dell'anteriore cessionario, egli saria liberato dalle molestie di costui, per la ragione dedotta da Lenz: *siquidem debitori cesso hoc casu nihil possit imputari, et anterior potius cessionarius sibi imputare debet, quod in certiorando debitore tam supine negligens fuerit, sicque negligentiæ suæ pœnas merito luit* (3).

Dovrà provvedere il debitore a difendersi dagli effetti della notifica nel caso che avesse pagato prima di essa, ma non avesse una quitanza con data certa, o non avesse ritirato il documento creditorio d'unica edizione, o non vi avesse registrato il parziale pagamento. Troplong non esita, ed a ragione, a sostenere che il debitore per resistere all'azione del cessionario deve provare l'*anteriorità* del suo pagamento (4). In questi casi all'atto della denuncia dovrebbe fare opposizione o in presenza di testimonii provare di possedere il ricapito della sua totale o parziale liberazione, o depositare presso un notajo la quitanza privata.

(1) Gauthier, *subrogation*, n. 134 e 135.

(2) Toullier, *droit civ.* liv. 3, tit. 3, ch. 5 n. 127. Delvincourt, *droit civ.* tom. 2, pag. 509, Duvergier, *vente*, tom. 2. pag. 237.

(3) Lenz. *de nominib. et act. cess*, cap. 30, num. 17.

(4) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 555, e 556; *de la vente*, num. 920.

Un' altra conseguenza della notifica è quella, per cui è fattibile ai cessionarii e surrogati di venire in virtù del loro titolo speciale contro il debitore, ovvero sul fondo ipotecato a chiedere il pagamento di ciò che loro è dovuto.

E il debitore che paga nelle mani del cessionario, del surrogato, o dell'avente il suppegno si libera verso il suo immediato creditore, *quia voluntate ejus et nomine*, scrive Donneau, *secundo satisfactum est, nihilque interest utrum creditori solutum sit, an alio voluntate ejus* (1).

Nel caso che fosse stato ceduto una parte del credito il debitore potrebbe rifiutarsi al parziale pagamento esigendo che il cedente e cessionario o gli altri suoi aventi causa si riuniscano per ricevere la total somma (2). Egli allegherebbe la disposizione del § 1413 del Codice civile, per la quale il debitore non è tenuto a prestare una cosa diversa dalla convenula, nè a variare il modo di pagamento: *est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxit*: parole di Gajo (3).

Però questo suo rifiuto non sarebbe da accogliersi senza un qualche temperamento. E quindi diressimo che egli potrebbe denunciare la lite al cedente o agli altri suoi aventi causa, e praticare il deposito giudiziale per la rimanente somma, od anche per la totalità, quando temesse di non pagare sicuramente quanto gli fosse chiesto dall' attore.

In riguardo al suppegno abbiamo già detto nel precedente § LIII che chi lo ha ottenuto può agire direttamente contro il debitore originario, citando in causa anche il suo immediato debitore, cioè l'autore del suppegno, e chiedere il pagamento del suo credito sul credito suppegnato, quindi a carico del suddetto debitore originario. Non però potrebbe costringere il debitore a pagargli direttamente l' importo del credito suo, senza sentire le eventuali opposizioni del creditore suppegnato sulla veracità del credito suo e del suppegno medesimo. E diffatti il § 455 del Codice civile non autorizza veramente il debitore originario a pagare direttamente al suppegnatario; ma solo gli proibisce di pagare al creditore ed autore del suppegno senza il consenso del suppegnatario: e nel caso di contestazione lo autorizza a praticare il deposito giudiziale della somma dovuta.

Nel § seguente (num. 5) ritorneremo sopra questo argomento del come deve procedere in giudizio il suppegnatario contro il debitore antico e il suo debitore immediato.

(1) Donell. *de pignor.* cap. 8, Holoman, in leg. 2, Cod. *si pignus pignori*. Fabro, in Cod. lit. 8, tit. 14, def. 1.

(2) Troplong, *vente*, n. 925, Toullier, *droit civ.* tom. 4, n. 120.

(3) Leg. 27, § 8, Dig. *de pecul.* Baseri al § 1393.

(4) Vedi il § LIII, n. 5 o 6.

CAPO SECONDO

DELL' AZIONE IPOTECARIA.

§ LV.

Il creditore ipotecario, se non oltiene il pagamento del suo credito, può, passato il tempo stabilito, chiedere dal giudice la vendita del fondo ipotecato.

§ 461 *del Codice civile austriaco.*

SOMMARIO.

1. Della coazione inerente a qualsiasi diritto: e com'ella si tradusse nelle azioni civili.
2. Forme dell'azione ipotecaria appo i Romani: ossia dell'azione Serviana, e dell' interdetto Salviano.
3. Principii direttivi, e forme pratiche dell' azione ipotecaria presso i moderni.
4. L' azione ipotecaria può essere o semplicemente personale, o reale, o mista. A chi competano queste azioni. Individualità attiva dell' azione ipotecaria.
5. In qual tempo si possano promuovere.
6. Caratteri differenziali di queste azioni, e specialmente dell' azione personale: suo foro.
7. Delle forme processuali dell' azione personale : e de' procedimenti esecutivi.

1. Se il creditore non potesse realizzare economicamente col subingresso e col suppegno il suo credito ipotecario, ovvero non potesse avere la spontanea prestazione dal debitore, allora avrebbe in pronto l'*ultima ratio* della giuridica coercizione. Veniamo impertanto ad illustrare il Gius ipotecario in questo periodo della sua civile efficienza.

A qualunque diritto per la sua propria natura è inerente una virtù di coercizione morale e fisica, come conseguenza immediata e parte essenziale del suo stesso concetto. Egli non si può ridurre nell' attualità sua come fosse una semplice idea, od una qualunque astratta combinazione intellettuale. Se così fosse non sapressimo con quale effetto lo si potesse imporre a persone, le quali sieno o nell'opinione discordi, o nel-

l'interesse ostilmente atteggiate. Ma egli s'appronta all'analisi del giureconsulto siccome un fenomeno dell'attività umana; esprimasi ella o con un sensuale appettito, o con una commozione od ambizione dell' animo, ovvero per una superiore aspirazione all' ordine intellettivo e morale. Questo fenomeno però non assume ancora la specifica parvenza del diritto, ove si trascurino i varii elementi dei quali si compone, e le necessarie condizioni che l'accompagnano. Quindi viene all' osservazione scientifica composto e condizionato in guisa simile a questa. Qualunque attività nell' atto di uscire all' attualità si determina, e questo atto suo diecsì determinazione. Il diritto racchiude adunque in primo luogo una *determinazione*. Ma la determinazione per sè stessa non è ancora diritto. Ella deve essere consentanea, non contradetta dalla ragione dell'essere che si determina. Se fosse contradetta, le mancheria la necessaria forma morale: il diritto sarebbe sinonimo di arbitrio. Ma la determinazione consentanea alla ragione dell' agente non esibisce ancora la perfetta idea del diritto: essa non potrebbe differenziarsi da un'atto libero o doveroso: diritto e dovere sono in molte occasioni due opposti concetti, e sono sempre due sentimenti diversi. La determinazione riceve l'ultima forma, se ella, oltre il consenso della ragione subbiettiva, viene in compagnia di questo concetto: che ci sia cioè o si supponga in un'altro libero agente una determinazione contraria. Diciamo libero agente, e potressimo dire più prestamente, uomo: poichè se in luogo di questa resistenza morale, effettiva, umana, ponessimo una qualsiasi resistenza materiale o fisica, o semplicemente ideale, al concetto definitivo del diritto, della possibilità giuridica, dovressimo sostituire con più di ragione quello della possibilità fisica, della possibilità logica: quindi si definirebbe piuttosto l'efficienza di tutta quanta la libertà morale, che non si circoscrivesse la natura del diritto. Poniamo dunque a base di questo una libera determinazione, la quale ottenendo dalla ragione la possibilità etica, (in quanto affermi o delimiti l' arbitrio umano con sue proprie leggi), e sotto la di lei modificatrice influenza uscendo all' effezione, ed incontrando nell'attrito sociale opposti voleri, ostili determinazioni, in faccia ad esse persistendo, assume la forma differenziale ed ultima e vera del diritto. Da questa genetica composizione, o più propriamente dal solo concetto della determinazione, quando la si consideri come il prodotto organico delle forze umane: la forza morale che l'appone, la intellettuale che l'asseconda e conserva, la fisica che al cenni dell'una e dell'altra si presta soccorrevole ministro: ne viene che questa determinazione prosegue dall'iniziale suo corso al raggiungimento dell'oggetto conteso, e da sentimento, e da idea si traduca in conato morale e fisico: donde la correlatività ingenita del diritto e della coercizione, del *jus* e del *jubere*.

Però questa determinazione per informarsi a diritto, deve avere una forma razionale e il potere necessario a vincere le determinazioni e le resistenze de'contrarii interessi.

La prima condizione di fornire alle individuali pretese la forma razionale-giuridica è di assai difficile ottenimento per una naturale necessità psicologica, per la quale non solo in diversi individui, ma nel medesimo soggetto notiamo una contrarietà di convinzioni a seconda della diversità dell'educazione, degli interessi e del diverso atteggiamento e sviluppo morale. Avvegnachè l'intelligenza, ultimo dono della natura, parli ad ogni uomo con ideali e aspirazioni istintive del giusto e dell'onesto, ma non porge sempre le uorme sicure e ben definite, che sieno materia di buoni giudizii pratici: perocchè esse non sieno acquistate che per lunghissimi stenti, per le sudate fatiche della civiltà e della scienza, e solo mercè d'una preparazione educativa si possa e si voglia subirne l'impero, e domare con esse le contrarie esigenze dell'organismo corporeo, e temprare la baldanza delle passioni. L'uomo è ragionevole in potenza: non sempre in effetto; chè i più meravigliosi ingegni non vanno sceyri da errori, i più virtuosi da passioni. Tutti gli uomini hanno da natura le tendenze morali che li sublimano in un ordine razionale libero: ma la storia tutta mostra in qual meschino rapporto stia la virtù e la giustizia collo abberrazioni umane. Le loro leggi istintive li trasportano in quella meccanica grandiosa delle evoluzioni storiche, a realizzare ne'secoli l'ordine morale; ma quell'ordine non è effettuato in ciascun punto della evoluzione: e molto meno entro la limitata cerchia dell'individuo e della sua effemeride.

La seconda condizione della possibilità dell'esercizio giuridico è ancora più difficilmente ottenibile: perciocchè se tardo è il regno dell'intelligenza, lenta è ben più la sua pratica effettuazione. Da ciò deriva come nella storia trionfi l'anarchia delle opinioni, il conflitto degli interessi, e lenta e faticosa sia la conquista degli ordini morali. La naturale cupidigia si ammanta sovente delle apparenze del giusto: l'intelligenza si confonde in una espressione unica col senso e col sentimento: ciò che piace è buono: ciò che è buono è bene. Gli eguali motori in diversi individui creano contradditorie pretese sullo stesso oggetto; e la ragione non manca di coonestarle, piaggiarle e inferocirle, assimilando la utilità alla giustizia, il vero alla forza materiale, al diritto il fatto: ricca suppellettile allo scetticismo di Carneade (1).

Solo la esistenza della società, qual necessario organo, può rendere possibile il concorso di quelle due condizioni pratiche. Nei tempi antichi il diritto era quasi omonimo alla volontà umana: poichè era quasi totalmente commesso alle forze intellettuali e morali dell'individuo; quindi la forza materiale colla combinazione fortuita degli interessi eliminava i rinascenti antagonismi, e vinceva le idee assolute della religione o della giustizia; indi costituivansi le prime associazioni e i primi interessi col-

(1) Del quale è celebre l'epigramma: o la giustizia è l'utile o non è: se è l'utile, è utilità, non giustizia; se non è l'utile, è stoltezza.

lettivi: indi le prime ragioni pubbliche che si formulavano sulle rozze leggi, e colla viva voce degli autorevoli prudenti. Le prime tavole ebbero tempii e sacerdoti: e ai tribunali si commise il doppio potere collettivo che realizzava le due condizioni generali d'ogni diritto: il potere discretivo e logico che applicando la legge riconosce la razionalità e la legittimità dell'interesse privato; il potere imperativo che lo protegge col sussidio della pubblica forza. *Juris disceptator qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto. Is juris civilis custos esto. Hnic potestati parento* (1). D'allora si potè niegare all'individuo il potere di abusare del suo diritto realizzandolo, ogni privata contesa fu demandata alle magistrature: *rem uti pagunt*, (paciscuntur) *orato* (sit rata), *ni pagunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito* (2). Onde fu tolta l'autorità coattiva privata, o almeno temperata nei limiti della necessaria difesa (3).

Qualunque diritto per realizzarsi nell'organo dei giudizii deve essere presentato come un'interesse legittimo, ossia nella sua duplice natura: la razionale e la morale. Questa presentazione si disse *azione*, perchè veramente il cittadino agisce con questo suo interesse legittimo opponendosi a un interesse contrario. Dev'egli dunque domandare ciò che gli interessa, ed esporre la legittimità, ossia la razionalità dell'interesse medesimo, onde avere l'autorità e la sanzione del pubblico magistrato.

Il diritto ipotecario per realizzarsi coattivamente non può declinare da questa necessità organica. Deve dunque presentarsi in quella forma di azione.

Ma quella forma è complessa e diversa secondo i varii momenti processuali, e più diversa ancora si presenta secondo i varj sistemi ipotecarii che ci precedettero, e che sono la ragione dell'attuale nostro reggime. Vediamo dunque nella successione dei sistemi le forme più caratteristiche di questa che si disse *azione ipotecaria*.

2. In diversi luoghi della precedente trattazione abbiamo avuto occasione di additare la forma dell'ipoteca secondo l'ultima tradizione del Diritto romano, e dimostrammo come ella fosse difettosa nella sua costituzione, in guisa che producesse un sistema pieno di pericoli e d'incommodi, le di cui conseguenze distruggevano la sua stessa esistenza giuridica. Questi difetti e queste conseguenze doveano con maggiore evi-

(1) Leg. XII tab. lib. 1, presso Cicer. *de legib.* lib. 3, Dyon. Gothofred. *jus civ.* tom. 2, p. 755, Noodl, *ad edict. præt.* cap. 8.

(2) Leg. XII, tabul. presso Cicer. *ad Herenn.* lib. 2, cap. 14, secondo la lezione di Bosio e Noodl, loco cit. cap. 1.

(3) Vedi dedotto questo principio organico nelle leg. 13, § 3, Dig. *de usufruct.*, leg. 3, § 1, e 13, Dig. *quod metus causa*, leg. 17, Dig. *de judicat.*, leg. 10, Dig. *de jurisdict.* leg. ult. Dig. *ad leg. Iuliam*, leg. 116 e 176 Dig. *de regul. jur.*, tot. tit. Cod. *ne quis in sua causa jud.* leg. 7, Cod. *unde vi*. Donde si inlonde come nell'imperfetto incivilimento degli antichi fu lasciata al privato cittadino la libertà naturale contro gli stranieri: *adversus hostem æterna auctoritas esto*.

denza apparire nel momento che l'ipoteca antica traducevasi in azione, e veniva a realizzarsi. Conciosiachè, siccome nella creazione di questo ente giuridico non si avea posto riguardo, mediante una pubblicità conveniente, a guarentire l'interesse de' terzi, ma si erano limitati i legislatori antichi a proteggere l'interesse del primo che ottenne la convenzione dell'ipoteca: da questa soverchia deferenza alla libertà individuale, dissociata dalla contemplazione dell'ordine pubblico, nacquero e pullularono le più disastrose contrarietà giuridiche tralle pretese egualmente reali cadenti sul fondo medesimo, che si sarieno potute evitare, ove la proprietà terriera e la libertà di disporne nel proprietario fossero state condizionate ad una pubblica dimostrazione delle loro precedenti affettazioni.

Nell'introduzione abbiamo attribuita l'origine legislativa dell'ipoteca all'azione imaginata da Servio pretore, e designata da lui col nome di Serviana; la quale concedevasi al locatore affinchè sulle cose introdotte dai conduttori nei fondi urbani potesse con diritto di pegno tacito realizzare il suo diritto delle mercedi locatizie. Lo scopo di questa azione, ossia il modo di questa realizzazione, praticavasi col chiedere il possesso delle cose sottoposte a pegno, per potere poscia il locatore venderle di sua privata autorità, e dal prezzo ritrarre l'avere suo (1). Ivi pure vedemmo come la pratica forese di Roma travolgesse la utilità di quel provvedimento, comunicandolo col nome di *quasi Serviana* o *utile Serviana* a qualsiasi creditore che avesse ottenuto un'ipoteca, cioè un pegno senza la tradizione effettiva della cosa (2), e quindi spoglio d'ogni estrinseca dimostrazione.

Questa azione, ad imitazione di quella inerente al vero pegno, di cui si fosse perduto il possesso, produsse la persecuzione reale della cosa anche in confronto de' terzi possessori (3). Lo scopo diretto di essa, ossia la domanda del creditore limitavasi a chiedere il possesso della cosa ipotecata (4), affinchè potesse ricuperare il suo credito o col godimento dei frutti, o colla vendita privata, o colla successiva aggiudicazione del dominio, che potesse ottenere o dal debitore o dal giudice (5). *Jus persequendi seu vindicandi pignoris*, scrive Richeri, *non eo tendit ut statim*

(1) § 7, Institut. *de actionib*, leg. 4 e 17. Dig. *de pactis*, leg. 2, 3, 4, 5, 6, 7, e 9, Dig. *in quib. caus. pign. tac. contr.*, leg. 25. Dig. *locati*, leg. 1, Cod. *de precario*, leg. 19. Cod. *de usuris*. leg. 4, Cod. *commun. de legatis*.

(2) Leg. 7, Dig. *in quib caus. pign. tacite contr.*

(3) Leg. 17, Dig. *de pignorib.* leg. 16, § 3, leg. 18, Cod. *de pignorib.* leg. 2, Cod. *si unus ex plur. hered*.

(4) Neguzant. *de pignor.* par. 8, mem. 3, n. 24-27, Holoman, *de pignorib.* M. Merlin. *de pignor*, lib. 1, quæ. 2, num. 6, e nel lib. 5; tit. 2, quæ. 78, n. 10. e quæst. 79, n. 1. Covarruvias, *var. resol.* lib. 1, cap. 8, n. 1, Garsia, *de expens. et melior.* cap. 18, n. 55. Struvio, *syntagm. jur. qui potiores.* thes. 39, Oinotomo, *Institut. de action.* § *item. Serviana*, n. 90, Pothier. pand. *de distract. pignor.* num. 18, Merlin, *Repert.* v. *hypothèq.* sect. 1, § 10, n. 1.

(5) Vedi avanti sotto il § LVIII, ove parliamo appositamente di ciò.

dominus ejus fiat, sed ut inde debitam sibi pecuniam consequatur, vel ex fructibus, vel potissimum ex pretio pignoris venditi (quamquam et aliquando dominii jure pignus creditori addicitur, prout infra demonstrabimus) (1).

Nessun altro potea venire definitivamente al possesso del fondo, e quindi alla realizzazione della sua ipoteca, se non il primo creditore, il quale perciò dicevasi *poziore*; onde avveniva che i posteriori creditori o non poteano vendere, o se avessero venduto ignorando o dissimulando la preesistenza dell'ipoteca di lui, questi conservava intatto il suo diritto, e rivendicava il possesso dall'acquirente e da qualsiasi possessore. Ma vendendo egli la cosa ipotecata, tutti i seguenti creditori perdevano le rispettive ipoteche (2). Queste disposizioni offendevano l'interesse del debitore, del possessore e de' susseguenti creditori, prima di tutto per l'occultezza di tutte le ipoteche, che non lasciava in pace nessuno; in secondo luogo perchè impedivasi al debitore di disporre con successive ipoteche del residuo valore del fondo, rimanendo in continuo pericolo i posteriori creditori d'essere privati d'ogni guarentigia, quando l'anterior creditore, ignoto ad essi il più delle volte, avesse esercitato il proprio. Vero è bene che fino dai tempi d'Ulpiano aveano costoro due rimedj a questo pericolo: l'uno nel *jus offerendi* (3), l'altro nel provocare la vendita giudiziale (4), od anche una vendita privata, per fare col prezzo ritrattone quella forzata dimissione (5). Ma il principale pericolo, che non poteasi scongiurare, consisteva nell'occultezza dell'anteriore ipoteca: onde avveniva che questa sorvivendo a quelle vendite, minacciava tutte le transazioni, turbava tutti i possessi, distruggeva il credito fondiario, seminava ovunque la diffidenza e i litigi. Un terzo grave difetto era il concedere l'esclusivo possesso all'anziano creditore, e permettere l'uso, e la vendita privata della cosa ipotecata. Come poteasi impedire con siffatte concessioni, la pravità usuraria, le finte vendite, lo spreco del maggior valore che avriasi potuto ritrarre da essa se tutti gli interessati avessero potuto sorvegliarle, così come si può nelle vendite giudiziali? Invano lusingavasi Giustiniano rimediarvi col disporre: *sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione, utpote viliore pretio facta, sacramenti religionem creditor præstare compellatur, quod nulla machinatione, vel circumscrip-*

(1) Richeri, *Iurisprud. univ.* vol. 9, § 1725.

(2) Veggansi le leggi citate in proposito nel n. 1, del nostro § XLVII.

(3) Di cui parlammo al § LI, n. 18 e 25 e tratteremo nel seg. § LXIII, Richeri. *Iurispr.* vol. 9, § 1606.

(4) Come dettagliatamente insegna Ulpiano nella leg. 5, *a divo Pio*. § 5, Dig. *de re judicata*.

(5) Papiniano nella leg. 3. § 1, Dig. *de distract, pignor.* o Pomponio nella leg. 6, Dig. *de pignor. action.* Neguzant. *de pign.* par. 6, mem. 4, n. 30, Balduin, *de pign.* cap. 18. Anzi Fabro in Cod. lib. 8, tit. 17, def. 1, niegherebbe che i creditori susseguenti potessero domandare la vendita del fondo, di cui il primo creditore avesse già ottenuto il possesso. E credo con ragione: perchè essi creditori non aveano ragione con cui togliere a lui il possesso medesimo: e senza il possesso non poteano vendere.

tione usus est: sed tanti vendiderit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi debitori quod ex juramento superfluum fuerit visum(1).

Per la realizzazione del diritto ipotecario avea la giurisprudenza antica italiana adoperata con frequentissimo uso un'altra specie di azione: ed era l'*interdetto quasi Salviano,* denominato anche semplicemente l'interdetto Salviano. Fra questo e l'azione quasi Serviana aveaci questa pratica differenza: che l'uno era un vero interdetto possessorio, l'altra dava luogo ad un giudizio petitorio ordinario (2). Nel Salviano doveasi provare, egualmente che nella Serviana, la liquidità del credito e il titolo ipotecario (3). Ma nel primo bastava di provare non già la proprietà del costituente, ma semplicemente il di lui possesso al tempo in cui fu costituita l'ipoteca (4). Avea poi un vantaggio comune a tutti gli interdetti possessorii, in ciò che la sentenza ottenuta non era soggetta ad appellazione (5). Concedevasi poi, come la Serviana, contro qualsivoglia terzo possessore; ma la pratica non bene s'accordava in concedere, se il creditore dopo ottenuto il possesso potesse così, come in seguito al giudizio della Serviana, procedere alla vendita privata (6), o semplicemente godere de' frutti del fondo in progressiva compensazione del suo credito (7).

Però questo rimedio possessorio è piuttosto dovuto alla giurisprudenza italiana che non alla romana. Avvegnachè Salvio Giuliano pretore, o meglio compilatore dell'Editto perpetuo a' tempi di Adriano (8), l'avrebbe concesso al locatore de' fondi rustici, onde fermare il possesso dei frutti e delle masserizie designate dal colono a pegno delle mercedi locatizie. *Interdictum Salvianum adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi futuras pepigisset* (9). Non concedevasi però contro i terzi possessori, ma solo contro il colono, e per una successiva estensione d'ermeneutica, anche contro gli altri debitori, come risulta evidentemente dalla legge 1 Cod. *de precario et Salviano interdicto,* alle parole: *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit* (10).

L'utilità di questo interdetto era causa sufficiente, perchè i successivi

(1) Leg. 3, § 3 Cod. *de jur. dom. impetr.*

(2) Menochio, *de adipisc. possess.* remed. 3, n. 9, Neguzant. *de pignor.* par. 8, mem. 1, n. 1, Statilio Pacifico, *de salv. interd.* Inspect. 2, cap. 1, n. 7 e seg. M. Merlin, *de pignor.* lib. 5, til. 2, quæ. 58, n. 5, Strnvio, *syntag. jur. qui potiores in pign.* thes. 35, Mynsinger., *Istitut.* § *item serviana,* num. 49. 50.

(3) Paolo Politi, *de judiciis, dissertat. select.* 16. n. 1, e dissert. 19, n. 1.

(4) Pacific. *de salv. interd.* loc. cit.

(5) Pacific. ibidem. Inspect. 2 cap. 1, n. 69. Card. De Luca, *summa crediti,* n. 125, 128.

(6) Pacifico, ibid. inspect 4, cap. 1, n. 140.

(7) Card. De Luca, *summa crediti,* n. 156,

(8) Heineccio, *Exercit.* 24, Pacifico, *salv. interd.* Præfat. n. 3, e seg.

(9) § 3, Institut. *de interdictis.* leg. 2, § 3, Dig. *de interd. sive extraord. action.* leg. 1 e 2, Dig. *de salvian. interd.,* leg. 1, e 2, Cod. *de precario et salv. interd.* Vedasi nell' Introduzione, num. III, vol. 1. pag. 41, nota 4, la divergenza tra Nerazio e Teofilo.

(10) Questo comento è pure abbracciato dalla Glossa, in leg. 1, Dig. *de salv. interd.,* verbo: *extraneos.* da Franc. Balduin, *de pignor.* cap. 14, Menochio, *de adipiscend. poss.* remed. 3, n. 22.

interpreti, appigliandosi per pretesto ad una cattiva interpretazione di una parola *(extraneos)* della leg. 1. Dig, *de Salvian. interdicto*, lo estendessero anche contro i terzi possessori col nome di interdetto Salviano *utile*, e in favore di qualunque creditore ipotecario (1).

3. La giurisprudenza intermedia e le legislazioni statutarie riformarono l'azione ipotecaria degli antichi in un modo assai più provvido ai diritti coesistenti, cioè del creditore esecutante non solo, ma del debitore o del possessore, dell'acquirente e degli altri creditori ipotecarii. Non bastava certo all'indennità di costoro che il pubblico magistrato accompagnasse il primo creditore sul fondo, ed ivi lo lasciasse arbitro del modo di pagare a sè il proprio credito, sia col percepirne i frutti, sia col venderlo di sua privata autorità; ma importava che, pur provvedendo alla soddisfazione del suo diritto, il valore del fondo si mobilizzasse in guisa che rimanesse quanto più si potea per i susseguenti creditori, e si restituisse l'avanzo al possessore e al debitore. Il sistema ipotecario fu sviluppato in questo riguardo con mirabile sagacia dalla giurisprudenza italiana, che attivissima creditiera del Diritto antico lo trasmise accresciuto nelle sue parti vitali alle altre nazioni europee.

Cominciò essa a provvedere all'indennità degli acquirenti dello stabile ipotecato, e in una sol volta anche a quella di tutti i creditori a cui quel fondo fosse obbligato, mediante l'invenzione del giudizio delle gride, del quale abbiamo dato un cenno nell'Introduzione (2). Il qual giudizio arrecava l'indubitabile vantaggio che tutti i creditori, dopo aver stabilito il prezzo maggiore che si potea ricavare dal fondo, lo spartivano in proporzione delle rispettive ipoteche, e quindi tutti e ciascuno de' creditori, fosse pur l'ultimo, avea modo di procacciarsi la dovuta soddisfazione, e l'acquirente rimanea certo del suo libero possesso. Ben è vero che l'occultezza di tutte le ipoteche d'allora traeva a perdizione quei crediti che non fossero stati insinuati per l'ignoranza del bando che iniziava quel giudizio; ma in vista di questo gravissimo difetto non si può disconoscere ciò che di buono fu realmente operato in quei tempi.

In seguito si provvide anche ad impedire la facoltà concessa dalle leggi antiche al primo creditore di vendere di sua privata autorità lo stabile ipotecato: come fu stabilito per le Costituzioni regie di Piemonte (3), e in qualche statuto d'Olanda (4) e di Germania (5).

(1) Bartolo, in d. leg. num. 2, Ripa, in rubrica *de pignor*. n. 19, Neguzant, *de pignor*. par. 2, mem. 4, n. 132, e par. 8, mem. 4, n. 4 e 5, Menochio; *de adipisc. possess.* remed. 3, num, 55, Statil. Pacifico, *de salv. interd.* præf. n. 16, nell' inspect. 3, cap. 1, n. 4, e 5, e magistralmente Antonino Thesauro, *decis.* 176, n. 1, 2, 5, e 9, Maranta, *de ordin. judic.* par. 4, distinct. 7, n. 11, M. Merlin, *de pignor.* lib. 5, tit. 2. quæ. 77. n. 1, 6, 9, Dion. Gottofrèdo, alla leg. 1, Dig. *de salv. interd.* Pothier, pand. lib. 43, tit. 33, num. 2. Vedasi continuata questa esposizione del Diritto romano nel num 2 del § LVIII.

(2) Introduz. num. XI e ne parleremo nel § LXVII, ossia in principio del Capo seguente.

(3) Reg. Constituz. piem. lib. 3, tit. 32, e lib. 5, tit. 12, in princ.

(4) Voet, *in pand*, tit. *qui potiores in pign.* num, 35, et tit. *de distract. pign.* n. 11.

(5) Heinecc. *in pand.* lib. 20, tit. 5, § 44.

Delimitato l'arbitrio del primo creditore in vista degli altri interessi cadenti sul medesimo stabile ipotecato, non rimanea per la salute di tutto il sistema che di affrettare la pubblicità di tutte le ipoteche, e di tutti i diritti reali relativi allo stabile medesimo, affine di far intervenire all'atto della vendita tutti gli interessati, e di prevenire tutti gli sconcerti che sariano apparsi irremediabili nell'atto stesso, per la concorrenza di pretensioni sconosciute fino allora.

Nel fervore delle moderne riforme non si poteano disconoscere i beneficii di questa protezione imparziale. E nella Francia stessa che fu pur tanto schiva della luce dell'assoluta pubblicità, ed oscillante in un atmosfera non diradata da forti convinzioni, in questo parziale riguardo si pronunciarono gli autori del Codice Napoleone colla più risoluta scioltezza. « Al creditore, esclamava Berlier consigliere di Stato, al creditore non deve mai esser lecito d'appropriarsi di pieno diritto il suo pegno alla scadenza del debito. Il suo diritto può essere realizzato, e quindi limitato o all' ottenere dal giudice l'aggindicazione del pegno per il valore dichiarato in una stima giudiziale e scontandovi il suo credito; ovvero a metterlo all' incanto giudiziale. Qualunque stipulazione fosse per essere interposta in contrario, devesi ritenere come fatta in frode della legge, e quindi nulla negli effetti. La ragione di ciò non può essere più evidente; perocchè d'ordinario il creditore impone la legge del suo arbitrio al bisognoso debitore, che arrischia un pegno di alto valore per un piccol debito: e facilmente si lusinga di essere pronto al pagamento per la scadenza: la qual lusinga è illusione e rovina. S' impedisca adunque l'avidità dell'uno, si soccorra e si rimedii all'impreveggenza dell'altro (1)». Laonde i corifei della seguente giurisprudenza Grenier e Troplong, ed anche il nostro Nippel poterono stabilire che tutte le modalità della procedura esecutiva ipotecaria devono essere temperate in guisa che all'interesse di tutti i creditori inscritti (2), e a quello de'possessori (3) egualmente si provvegga. Principii che si trovano consegnati virtualmente nella disposizione del § 461 del Codice civile austriaco, che abbiamo consegnata in parte, ma letteralmente nel presente nostro §.

4. L'azione in genere è un modo di agire affine di perseguire con legittima coercizione il proprio diritto: *nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur* (4). È dunque l'*azione ipotecaria* un modo di realizzare in giudizio il diritto d'ipoteca, e suo ultimo scopo è questo, che se il debitore non paga, il pagamento si ottiene sul valore del fondo ipotecato: *debitore pro tempore non solvente, debiti solutionem ex pignore quærendam:* scrive Richeri (5) e secondo la legge XIV Codicis

(1) Motivi del Cod. Nap. lib. 3, tit. XVII

(2) Grenier, *hypotheq.* num. 473, Troplong, *des priv. et hyp.* n. 795 quater.

(3) Nippel, *comento* al § 461, n. 1, Cod. civ. aust.

(4) Institut. *de actionib.* in princ. Celso, in leg. 51, Dig. *de oblig. et action.*

(5) Richeri, *turispr. univ.* vol. 9, § 1669,

de distractione pignoris: si in id quod jure tibi debetur, satisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus, aditus præses provinciæ, tibi distrahendi facultatem jubebit fieri.

Ma non basta determinarne lo scopo: prima dobbiamo soffermarci sulle modalità convenienti per raggiungerlo. E queste modalità sono diverse secondo i rapporti varii delle persone fralle quali s'intromette. Ella può avere nessuna differenza dall'usuale azione creditoria personale: ella può essere e personale e reale insieme, e può eziandio essere reale soltanto. Imperocchè il diritto d'ipoteca ha questo di specifico, di essere composto d'un diritto personale a ricuperare il capitale accreditato, e d'un diritto reale persecutorio, frazione del dominio, ossia del diritto di disporre del fondo ipotecato. Secondochè piuttosto l'uno che l'altro, od ambedue insieme quei diritti si esercitano, si ha l'una di quelle tre specie di azioni.

E prima ancora di venire alla cognizione analitica di ciascuna di queste azioni, cerchiamo due cose. A quali persone competano queste azioni, e in qual tempo si possano promuovere.

Alla prima ricerca troviamo tosto di rispondere, che quelle azioni competano a coloro che professano un diritto ipotecario, senza distinzione tra gli aventi ipoteche anteriori o i posteriori in grado. Ella fu tolta da tempo quella vieta disposizione, che al solo creditore che fosse primo fra tutti spettasse questa azione. Il § 461 del Codice civile la concede a qualunque creditore con pegno (1).

Così non solo i creditori che acquistarono l'ipoteca, ma eziandio i loro aventi causa, sia per titolo generale che per titolo singolare, possono esercitare quelle azioni, e fungere le veci dei loro datori. Il che si dica degli eredi e successori universali (2), dei legatarii e cessionarj (3), di chi ne ricevette l'assegno *pro soluto* o *pro solvendo* (4), de' surrogati (5) e de' suppegnatarii (6), come abbiamo dimostro per esteso nel Capo precedente; il che ci esentua da' maggiori dettagli.

Lo stesso credito ipotecario può appartenere nello stesso tempo a più persone, o insieme, o per ragioni distinte. Interessa quindi il cercare se

(1) Delle cose dette in principio di questo §, nell' Introduzione n. VI, e sotto il § XLVII, num. 1, si vede come si è ingannato, Carozzi, *Giurispr.* vol. 10, *dir. di pegno.* cap. 3, n. 24, che sotto la influenza delle leggi moderne assevera, copiando l' antica giurisprudenza, che il posteriore creditore non possa domandare la vendita contro il possessore che avesse un' ipoteca anteriore, ma abbia solo il *jus offerendi.* Il *jus retentionis* del possessore per noi si risolve in una surroga (§ LI, num. 29), che il possessore può far valere nel giudizio d' ordine o di distribuzione di prezzo.

(2) Pomponio, in leg. 8, § 4, Dig. *de pign. action.* Diocleziano e Massim. in leg. 19, Cod. *de distract. pign.*

(3) Vedasi il nostro § LI, n. 4, e seg. e nel Cod. *de heredit. vel action. vend.* e la leg. 7, Cod. *de oblig. et action.* e la leg. 3, Dig. *quæ. res pignori.*

(4) Leg. 6, Cod. *de oblig. et action.* Seguanzio, *de pign.* par. 6, mem. 1, n. 19, e par. 8, m. 2, n. 1, M. Merlin, lib. 4, tit. 3, quæ. 93, n. 28, e quæ. 105.

(5) § LI, num. 17 e segg.

(6) § LIII, e la leg. 1, Cod. *si pign. pignori*, Bolduin, *de pignor.* cap. 14, Hotoman, in leg. 1, Cod. *qui potior. in pign.*

tutti insieme, ovvero ciascuno per tutti, o per la rispettiva sua porzione, possano domandarne il pagamento e realizzarne l'ipoteca accessoria.

Se il debitore ha promesso la stessa cosa per intero a più persone, dando loro espressamente il diritto di domandarla solidariamente, siccome stabilisce il Codice civile ne' §§ 892 e 893, è obbligato a darla tutta a quello tra i creditori, che il primo ne avrà fatta la domanda, liberandosi con ciò dagli altri creditori. Questo rapporto di solidarietà può essere nato posteriormente, come nel caso di divisione ereditaria o di altro contratto seguito fra gli stessi creditori: in tal caso l'uno di essi può richiedere al debitore il pagamento della totalità del credito, come decise Cervidio Scevola nelle leggi XI e XIV. Dig. *de distractione pignorum* (1).

Ma se questa solidarietà non esistesse, i creditori non potriano esigere tutto il credito, se non compiendo la rappresentanza della totalità sua; ciascuno non potria esigerne altra parte che quella che corrispondesse al suo diritto (2); e nel caso d'un coerede, opinano Fabro (3) e Richeri (4) ch'egli potria chiedere tutto il credito, quando desse cauzione del rato degli altri coeredi.

L'ultimo de' coeredi o creditori d'uno stesso credito, dopo che gli altri avessero realizzato i loro diritti, potria pur egli realizzare il proprio, secondo la sua interessenza, ed agire ipotecariamente su tutto il fondo ipotecato a tutto il credito (5), per quel principio dell'individualità reale, che deducemmo in principio del superiore § XLVI: e che fu tradotto in un suo rescritto da Gordiano con queste parole: *quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem* (6). E più specialmente decisero Valeriano e Galeno: *manifesti ac indubitati juris est, defuncto creditore, multis relictis hæredibus, actionem quidem personaliter inter eos ex lege XII tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri* (7). *Et est ratio*, segue comentando Mercuriale Merlino, *quia hypotheca est individua, et commodum illius commune est omnibus heredibus: satisfactio ergo alterius nihil detrahit aliis, sed permanet perinde ac si satisfactum minime fuerit: alias enim facto unius, jus alterius tolleretur* (8).

Ponemmo pure nei num. 2 e 3 dello stesso § XLVI come l'ipoteca del capitale si estende agli accessorii suoi. Dunque questi verranno pure nell'azione ipotecaria: corollario dedotto anche da Pomponio in questi termini: *quum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem*

(1) Negusant. *de pignor*. par. 6, mem. 4, n. 34.

(2) Voet, *in pand. qui potiores. in pign.* num. 8.

(3) Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 21, def. 2.

(4) Richeri, *Iurispr.* vol. 9, § 1687.

(5) Ulpiano, nella leg. 11, § 4, Dig. *de pignor. actione.*

(6) Leg. 6, Cod. *de distract. pignor.* Zoezio, *in Dig. de distract. pignor.* n. 7.

(7) Leg. 1, Cod, *si unus ex plurib. hered.* L'istessa disposizione nella legge seguente.

(8) M. Merlio, *de pignor.* lib. 4, tit. 1, qu. 46, n. 8.

non solutam venire poterit; sed ob cætera quoque: veluti usuras, et quæ in id impensa sunt (1).

Ma un surrogato che avesse dimesso un credito cogli interessi scaduti, potria egli coll'azione ipotecaria domandare ancora questi a modo di capitale, e quindi i successivi interessi del vero capitale, e gli interessi degli interessi scaduti e da lui soddisfatti? L'affermativa si colorirebbe con dire come in suo confronto tutto quanto ha pagato è capitale: come avviene in colui che avesse pagato per conto e mandato del debitore potria chiedere il rimborso delle somme impiegate a tal fine, cogli interessi che indi decorsero. Gli antichi giureconsulti risposero con vantaggio a questo argomento con dire: *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum* (2): ed in questo riguardo ci sarebbe nella pretesa del surrogato, che colla surroga fece un affare proprio, un vero anatocismo che è proibito dalla legge.

E se anche il surrogato avesse pur agito nell'interesse del debitore, tale sua pretesa comunque efficace in di lui confronto, non lo saria in pregiudizio dei terzi, poichè, anche nel caso che per una posteriore convenzione, a sensi del § 998 del Codice civile austriaco, gli interessi scaduti si fossero capitalizzati, ad essi non si potria estendere il beneficio della ipoteca che conforta il vero capitale, come quella che favorisce solo gli interessi scaduti entro il triennio sul capitale originariamente inscritto. Quindi gli interessi eccedenti il triennio, e non decorsi sul capitale inscritto, non possono godere dell'originaria ipoteca (3): ma possono solo avvantaggiarsi d'una loro propria inscrizione, avente efficacia e prelazione dalla rispettiva data.

5. Può promuoversi l'azione ipotecaria in genere, per riguardo al credito, appena che il debitore sia in mora del pagamento (4), cioè non prima che il credito sia esigibile, non dopo che fosse prescritto.

Il credito non può essere in qualunque tempo esigibile, o perchè la scadenza apposta nel contratto o nella legge o nella sentenza di giudice non è ancora venuta, o perchè la condizione apposta non è ancora purificata. Da ciò seguita ciò che avverte Papiniano: *quum solvendæ pecuniæ dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur* (5). E Marciano soggiunse: *si paciscatur creditor ne*

(1) Leg. 8, § 1, Dig. *de pignor. action.* Veggansi anche lo leg. 13, § 6, Dig. *de pign.* leg. 6, Cod. *de pignorib.*

(2) Papiniano e Marciano nelle leg. 12, § 6, Dig. *qui potior. in pign.* Diocleziano e Massimiano nella leg 22, Cod. *de pignorib.*

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 788. Opinano in senso contrario, ma confutati da Troplong, Persil, *Rég. hyp.* art. 2151, n, 11, Grenier, *hyp.* n. 101.

(4) Leg. 7, Cod. *de distract, pignor.* Negusant. *de pignor.* par. 6, m. 1, n. 1, Richeri, *Iurispr.* vol. 9, § 1731. Così noi §§ 902-901, 1413. 1417 e 1418, Cod. civ. aust. Carozzi, *Giurisprud.* vol. 10, cap. 3, n 2.

(5) Leg. 4, Dig. *de distract. pignor,*

intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse (1)

Quindi, aggiunge Carozzi, se per convenzione il debito, per cui fu dato il pegno, si dovesse pagare in tre annue prestazioni determinate, e il debitore sia moroso al pagamento della rata del primo anno, può il creditore domandare la vendita del pegno, quantunque non sia per anco venuto il tempo di pagare le altre due annue prestazioni; poichè, sebbene sia una sola l'obbligazione, pure essendosi con ispeciale convenzione diviso il pagamento in tre annue rate, e potendo il creditore domandare una rata dopo la scadenza di ciascun'anno (2), ne segue che il creditore può chiedere per una sola di esse la distrazione del pegno (3).

Questo è verissimo, perchè la convenzione di pagare e di esiggere alla scadenza di ciascuna rata, determina con precisione il diritto del creditore.

Sarebbe però differente, anzi contrario questo caso verso quello che fu proposto da Pomponio, ove disse: « se colla stipulazione di ricevere una data somma alle rate del primo, del secondo e del terzo anno, avessi ricevuto una cosa a pegno, con questa pattuizione *nisi sua quaque die pecunia soluta esset vendere eam mihi licere*, io non potrei vendere il pegno prima che scadessero tutte le rate; *quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur: nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent.* Ma scadute tutte le rate, si può vendere anche per una sola di esse: *sed si ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conventio:* cioè l'azione derivante dal contratto (4).

L'uguale dottrina fu pure insegnata dagli antichi in riguardo ai crediti condizionali, o alle ipoteche condizionate, quando la condizione rispettiva non fosse ancora purificata. *Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur. Sed si præsens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria: verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed anferri hypothecam iniquum est* (5).

A questo doppio impedimento della lontana scadenza d'un tempo determinato o dell'avvenimento incerto d'una condizione si riferisce il § 461 del Codice austriaco che concede la vendita, *passato il tempo stabilito al pagamento.* E si riferiscono pure i §§ 696, 699, 902, 904, 1413, 1417 e 1434 dello stesso Codice, i quali riconoscono il principio cardinale che un diritto misurandosi dalla sua causa, quale il contratto, la legge o la

(1) Leg, 5, § 1. Dig. *quib. mod. pign. solv* Neguzant. *de pignor.* par. 8, mem. 1, n. 47, Donello, *de pignor.* cap, 2, in fine, M. Merlin, *de pign*, lib. 3, quæ. 53, n. 1.

(2) § *at si ita.* 3, Instit. *de verbor. oblig.* leg. 3, Dig. *de annuis legatis.*

(3) Carozzi, *Giurispr. del Cod. civ.* vol. 10, cap. 3, n. 2.

(4) Leg. 8, § 3, Dig. *de pign. action.*

(5) Leg. 13, § 8, Dig. *de pignorib et hyp.*

sentenza, non può nel posteriore arbitrio della persona cui appartiene ricevere un'efficacia maggiore della iniziale.

Nel Codice Napoleone trovasi coll'articolo 2167 determinato che il terzo possessore d'uno stabile ipotecato gode dei termini e delle dilazioni concesse al debitore originario (1).

E questa dottrina vale tanto pel creditore originario e diretto, quanto per i suoi aventi causa.

Se non che è da notarsi in riguardo al creditore con suppegno, che egli non potria spiegare l'azione ipotecaria a nome del primo creditore, solamente perchè il debitore originario fosse in mora: ma si richiederebbe che il suo debitore dal quale ottenne il suppegno fosse egli stesso in mora al pagamento di quanto deve a lui personalmente; come arreca elegantemente il nostro Richeri: *non tantum prior creditor, sed et secundus, cui pignus pignori datum sit, illud distrahere potest, dummodo tum secundus, tum primus debitor in mora sit. Prioris mora requiritur, alioquin primus creditor, qui deinceps pignus pignori dedit ejus distrahendi facultatem non habet, nec proinde secundus creditor, qui a priore jus suum metitur; posterioris quoque debitoris, qui et primus creditor est, moram exigimus, cum ex ea sola pignus distrahere liceat* (2).

Quanto alla prescrizione dell'azione ipotecaria per il decorso del tempo, siccome essa è una causa per cui si estingue il credito e l'ipoteca, aspettiamo di trattarne nel Capo ultimo di questa Parte (LXXXI).

6. Diciamo potersi l'azione ipotecaria, considerata nella sua espressione più generale, promuovere in tre modi: o semplicemente coll'azione personale creditoria, ovvero coll'azione reale, od anche con un'azione che sia e reale e personale nello stesso tempo. Ora dobbiamo venire ad una più particolare spiegazione di ciascuna di esse, col riguardo che in questo e nel seguente § ci proponiamo di trattare specialmente della prima, e nel § LVII della seconda e della terza.

La ragione che ci autorizza a distinguere in tre specie l'azione ipotecaria è per noi dedotta dalla natura sua: come quella che implica talvolta un semplice rapporto personale che è il diritto e l'azione creditoria: talvolta un semplice rapporto reale dell'ipoteca sullo stabile affetto: talvolta li implica ambedue. Secondochè adunque il diritto del creditore con ipoteca si oppone o al debitore, o al proprietario della cosa ipotecata, od a persona che abbia l'uno e l'altro carattere, siffatta opposizione prende la specie d'alcuna di quelle azioni. E siccome sono diverse assai e le forme di esse, e il foro da adire e le prove da dedursi, e i

(1) A questo articolo corrispondono gli art. 2061 del Cod. siciliano, 2236 del Cod. parmense, 2274 del Cod. albertino, 2275 del Cod. modenese, 197 del Regolamento legislativo gregoriano.

(2) Richeri, *Jurispr.* vol, 9, § 1755, Voet. *in pand. de distract. pign.* n. 1.

vantaggi da ritrarsene, così importa molto di studiare la fisonomia speciale di ciascheduna.

L'azione personale include solamente il diritto personale creditorio, al quale può essere accessoria l'ipoteca; si promuove contro le persone obbligate a quel diritto; suo scopo è ottenere il pagamento del debito, mediante la esecuzione di tutte le facoltà libere del debitore stesso (1). Il consigliere Nippel saggiamente avverte che per l'ipoteca ottenuta il creditore non ha punto innovato il suo credito, ma conservollo intatto ne'rapporti personali col suo debitore, il quale rimane sempre obbligato colla persona, e soggetto alla conseguente azione personale (2). Volendo agire con questa azione contro chi è personalmente tenuto pel debito, si dee scegliere il foro competente: ossia il foro che conviene alla qualità della persona da chiamarsi in giudizio, o insieme alla qualità del credito da dedursi. Di regola generale il foro personale è presso il tribunale o la pretura del luogo ove il debitore ha il suo domicilio (3), ovvero il tribunal di commercio (4), o l'auditorato militare (5), secondo che il debitore è sottoposto alla giurisdizione personale dell' uno o dell'altro. Lo stesso si dica nel caso che o la natura del credito (6), o una convenzione accessoria (7) prescrivesse un foro speciale.

Il creditore deve provare a fondamento di quest' azione l' obbligo personale del convenuto a pagargli il credito professato (8); e ottenuto che avesse la sentenza confermatrice si avanza a chiedere l'esecuzione di qualsiasi facoltà del debitore, e quindi eziandio del fondo ipotecato, se è tuttavia in possessione sua, o de'suoi successori universali, come vedremo nei succesivi § LVI e LVIII.

La seconda azione è reale, ed è pur reale la terza, in quanto che si riferisce e direttamente alla cosa, ed anche alla persona debitrice, quando questa possiede la cosa stessa ipotecata. *Pignoris persecutio in rem pa-*

(1) Nel Diritto comune esperimentavasi sempre l' azione reale anche contro il debitore, se possessore del fondo ipotecato, perchè ottenendo il possesso del fondo, il creditore col godimento di esso e colla vendita privata realizzava assai meglio il suo diritto che colle vie lunghe e costose della esecusione giudiziale. Ma toltasi la avocazione del possesso al creditore e la vendita privata, l'azione ipotecaria subiva questa importante variazione che qui accenniamo.

(2) Nippel, *comento*, al § 466. n. 1. Cod. civ. aust.

(3) § 13, *Norma di giurisdizione*, 20, novembre 1852. Massima antichissima sancita nel Diritto comune: leg. 2, Cod. *de jurisdict. omn. judic.* e nel Dir. canonico, cap. *cum sit generale*, 8, extra. Dec. Gregor. *de foro competente*.

(4) §§ 86-64 della Norma di Giurisdiz. sud. cap. 41, del Reg. gallizíano, messo in vigore dalla sovrana Risoluz. 7 ottobre 1816 pubblicata colle Circolari 13 ottobre dell' Apello veneto, e 3 dicembre 1816 dell' Apello lombardo.

(5) Patente imperiale 22 dicembre 1851. Vedasi anche Giordani, Illustraz. al Reg. giud. vol. 1, pag. 53, Amati, manuale del Reg. giud. § IV della Norma di giurisdiz. 29 settembre 1819.

(6) Quali i dichiarati per mercantili dal Codice di commercio negli art. 627, 628, e 629,

(7) § 43, 47, Norma di giurisdiz. del 1852.

(8) Arg. ex leg. 11, § 2, Dig. *de except. rei judic.* leg. 2, § 3, Dig. *de doli except.* Maranta, *de ordin. judic.* par. 4, dist. 3, num. 3

rit actionem creditori (1): *pignoris et hypothecæ persecutio in rem est* (2).

Queste azioni si promuovono invèce nel foro *rei sitæ*, e si diriggono contro le persone che sono posseditrici del fondo ipotecato. Se esse sono tenute personalmente del debito, l'azione è semplicemente personale, se invece sono tenute al debito in qualche parte almeno, l'azione è mista di reale e personale.

Il carattere che più distingue l'azione semplicemente reale dalla personale e dalla mista è questo, che lo scopo dell'azion reale è di venire alla esecuzione limitata del fondo ipotecato: lo scopo di quelle è di venire ad un'esecuzione generale, come diremo nel § seguente.

L'altra importante distinzione si è questa; che l'azione reale si dirige contro il possessore del fondo ipotecato: la personale solamente contro le persone che sono tenute all'obbligazione personale. Tali sono il debitore originario, i suoi eredi e successori a titolo universale, che lo rappresentano in tutto o in parte secondo la teorica del § 548 del Codice civile (3).

Egualmente si dica de'condebitori, che con quell'azione si convengono secondo che importa la natura dei loro obblighi, voglio dire, o solidali o divisi. Così dei fidejussori.

E lo stesso si può dire anche del possessore dello stabile ipotecato, se non come tale, nel caso che egli avesse assunto sopra sè medesimo l'obbligazione personale del debitore. Imperocchè rescrisse Gordiano: *si pro alieno debito te soluturum constituisti: pecuniæ constitutæ actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit* (4). Avvertasi però con Nippel, che il possessore deve avere non solo promesso al debitore assegnante, ma eziandio al creditore di pagare il debito ipotecario: perocchè nel primo caso il creditore rimane estraneo alle convenzioni fatte tra l'uno e l'altro, e quindi senza riportare una delegazione dal suo debitore, non potria esercitare quel diritto personale che a questi compete contro l'assegnatario: trattandosi qui d'un assegnamento meno pieno che produce diritti ed obblighi soltanto in riguardo dei contraenti. (§ 1400-1402. Codice civile) (5). Troplong deciderebbe colla contraria opinione (6): ma questa non sembrami sostenibile colla teoria: *res inter alios acta, tertio nec prodest nec nocet*: teoria consecrata nei succitati §§ del nostro Codice civile.

Sono però esclusi da questa categoria degli obbligati personalmente, i

(1) Paolo nella leg. 17, Dig. *de pignorib. et hyp.*

(2) Diocleziano e Massimiano, nella leg. 18. Cod. *de pignorib. et hyp.*

(3) Cui corrispondono tutto il titolo del Cod. *de hered. action.* e la leg. 36, Dig. *de servit. rust. præd.* Troplong, *des priv. et hyp.* n. 798, 812.

(4) Leg. 1, Cod. *de constitut. pecunia* Grenier, *hyp.* n. 324.

(5) Nippel, *comento* al § 466. n. 3, Cod. civ. aust.

(6) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 812-813. In seguito a un giudicato riferito da Grenier, *hyp.* n. 324.

donatarj tanto a titolo universale che a titolo singolare (1), o i legatarii come vedremo eziandio sotto il seguente § LXV (2): persone tutte che vanno considerate solo nella categoria di terzi possessori non tenuti personalmente al debito.

Grenier pone per quistione se il possessore d'un fondo sul quale fu costituita una rendita, ossia un censo, possa essere convenuto come possessore estraneo al debito, o come debitore: e conchiude che si debba considerare solo come possessore (3).

Noi non crediamo che se ne possa fare oggetto di quistione.

7. Se nell'azione personale (implicita nell'azione ipotecaria in genere) è sufficiente la deduzione d'un diritto creditorio per ottenerne la ricognizione e quindi l'esecuzione per opera del giudice: questa deduzione però può ottenersi in varie guise, la cui diversità nella storia del Diritto appare come un notevole progresso dell'economia di questo organismo intermedio tra le discordi attività de' privati cittadini. L'idea più generale e più primitiva è quella che siffatta deduzione si faccia in un regolare giudizio, e le dispute de' contendenti si riassumano in una sentenza, e solo dappoi si proceda all' esecuzione. *Nimis propere judex*, rescrissero Severo e Antonino, *pignora Marcellæ capi ac distrahi jussit ante rem judicatam. Prius est ergo, ut servato ordine actionem adversus eam dirigas, et causa cognita sententiam accipias* (4). *Quam rem*, fu soggiunto da Onorio e Teodosio, *non tantum juris ratio, sed et ipsa æquitas persuadet*, UT PROBATIONES SECUM ADFERAT, DEBITOREMQUE CONVINCAT PECUNIAM PETITURUS (5).

Queste ultime parole erano seme di migliori provvedimenti legislativi, in quanto che col riconoscere la necessità che un diritto, per essere efficace, dev'essere rappresentato indubbiamente in giudizio, venivasi a riconoscere implicitamente che ogni diritto dovesse avere questa estrinseca dimostrazione per ogni possibile sua efficienza: per l'efficienza economica come dissimo nel luogo del subingresso; per l'efficienza giuridica onde meritare una prontissima esecuzione presso il pubblico magistrato. Vedemmo come fosse riescito tardivo questo sviluppo formale del credito ipotecario in ciò che riguarda la sua trasmissibilità economica. Or qui vediamo come per tempissimo avesse ottenuto quest'estrinseca forma e sanzione nell'ambiente giuridico.

Avvegnachè da tempo antico fu provveduto col far sì che un diritto creditorio qualunque, stipulato tra i privati, ricevesse nell'atto medesimo della stipulazione la sanzione della pubblica autorità, di modo che in

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 812.

(2) Troplong, ibid.

(3) Grenier. *hyp.* n. 331.

(4) Leg. 1, Cod. *de execut. rei judic.* Veggansi anche la leg. 2, eod. tit. la leg. 9, Cod. *de obligat. et action.* e la leg. 10, Cod. *de pignor. et hyp.*

(5) Leg. unic. Cod. *de prohibit. sequestr. pecun.* leg. 14, Cod. *de pactis.* leg. 40, Dig. *de minor. XXV ann.*

avvenire si potesse presentare in giudizio per l'immediata esecuzione, prescindendo da una novella ed apposita ricognizione. I notai e tabularj non aveano ai tempi di Roma e di Bisanzio questa facoltà d'improntare col marchio della ricognizione giudiziale le private convenzioni (1): ma l'ebbero dal medio evo in poi per opera della consuetudine e degli Statuti, che attribuirono ad alcune clausole notarili il potere esecutivo, reale e personale. Tali erano le clausole *camerali* e le *guarentigiate* (2), che davano luogo con una sola e semplice citazione ad un giudizio sommario esecutivo, nel quale non ammettevasi nè eccezioni di superiore indagine, nè il rimedio dell'appellazione: come ci fanno testimonianza il cardinal De Luca per la Romagna (3), Antonino Tesauro per Toscana e Piemonte (4), il Torti per gli Statuti pavesi (5), Il Carpano per quelli di Milano (6), Menochio per quelli di Monreale, Ferrara e Verona (7), Covarruvias in Ispagna (8) e Carpzovio in Sassonia (9). Chè anzi nel regno di Napoli aveano queste clausole l'efficacia dell'*assistentià*, ossia con esse invocavasi direttamente l'esecuzione giudiziale (10); e in Toscana e Piemonte secondo lo stesso Tesauro il debitore non citavasi nemmeno, ma s'incomineiava col carcerarlo (11).

Anche secondo la legislazione francese moderna e del cessato regno di Italia le sentenze non solo (12), ma gli atti notarili (13) hanno per una loro clausola speciale l'esecuzione parata.

Nel Regolamento giudiziario austriaco col § 385 è stabilita la massima generale che « l'esecuzione non si darà se non sopra sentenza o convenzione giudiziale. » Quindi Nippel (14) e Winiwarter (15) dedussero

(1) Socin. senior. *cons.* 120, n. 10, vol. 1, Scaccia, *de judiciis*, lib. 1, cap. 62, n. 1, Menoch. *de arbitr. jud. sent.* lib. 2, centur. 1. cas. 17, num. 1. Ant. Thesaur. decis. 26, n. 1, Torti, *ad Stat. Papiæ*. Stat. 5, *in civilibus* num. 1.

(2) Vedasi per l'origine storica e la loro efficacia la dotta dissertazione dell'illustre Borsari, nel primo fascicolo della sua *Giurisprudenza ipotecaria de' varj Stati d' Italia*, (Discorso prelim. § VIII.)

(3) Card. De Luca, *summa crediti et deb.* num. 129, Menoch. *de arbitr. jud. sent.* lib. 2, cent. 1, cap. 1, 7, num. 6 e 7.

(4) Ant. Thesaur, decis. 26, n. 11 e 12.

(5) Torti *ad Stat Pap.* Stat. 5 n. 1, Stat. 6, n. 1, *in civibus*. Questa esecuzione concedevasi a Pavia anche per le scritture private, con ingiunzione del pagamento o dell'esecuzione entro dieci giorni.

(6) Carpan. *ad Stat. Mediol.* cap. 42 in princ. et n. 132 et seg.

(7) Menoch. *de arbitr. jud sent.* lib. 2 cent. 1, cap 17, n. 2.

(8) Covarruvias, *variar. resolut.* lib. 2, cap. 11, num. 3.

(9) Carpzov. *proc. jur. Saxon.* tit. 22, art. 1, n. 1-25, e art. 2. Del resto nulla di più comune che l' usanza o l' efficacia di queste clausole: vedi Borsari loco citato con Gallesio e Zacchia da lui citati.

(10) Maranta, *speculum aureum*, par. 6, tit. *de instrum. product.* num. 15, Card. De Luca, loc. cit. n. 139.

(11) Thesaur. loc. cit.

(12) Art. 146, 545, e segg. Cod. di proced. francese.

(13) Art. 67 del Regolam. notar. 17 giugno 1806. Sormani, *giurispr. prat. del notajo*, pref. § 18 e al detto art. Così negli art. 656 e segg. del Cod. process. di Piemonte, e negli art. 441 e seguenti del Cod. process. di Modena.

(14) Nippel, *comento* al § 464, n. 3 e 4, Cod. civ. austr.

(15) Winiwarter, *Dir. civ.* tom. 2 § 149.

che solo le ipoteche apparenti da prenotazioni regolarmente confermate dalla sentenza di liquidità (§ XLII), o il di cui credito in genere apparisse come cosa giudicata, o risultasse da una giudiziale convenzione, potria dar luogo, trattandosi di azione personale, all' immediata esecuzione del debitore o de'suoi eredi.

Nei §§ 386 e 387 dello stesso Regolamento anche gli altri documenti che meritano piena fede danno luogo ad un processo esecutivo, che però in pratica è alquanto abusato per soverchia deferenza ai debitori. Questi dovrebbero comparire in giudizio entro un breve termine. Se non vengono, si reputano confessi e si pronuncia l'esecuzione; se comparendo producono delle leggieri eccezioni, si decidono tosto per sentenza: se le eccezioni fossero più rilevanti, s'avvia un regolare processo concedendosi al creditore i mezzi d'una interinale cauzione (1).

Solo negli ultimi tempi, la mercè della Ordinanza imperiale 21 maggio 1855 fu provveduto all'urgente bisogno della parata esecuzione. « Quando l'attore sarà in grado di provare mediante un' atto notarile munito di ogni requisito legale (o con altri atti pubblici suppletorii § 2), tutti i fatti sui quali si fonda la sua petizione, sia questa diretta a conseguire il pagamento di un credito in danaro, o l'adempimento di un altro obbligo personale...,il giudizio, sopra domanda dell'attore, ordinerà mediante decreto al reo convenuto, *senza prima sentirlo*, di adempiere l' obbligazione, o di presentare le sue eccezioni, sotto comminatoria dell' esecuzione. A tal uopo si prefiggerà al convenuto il termine di quattordici giorni, od anche uno più lungo, ma non maggiore di quarantacinque giorni, se egli si trova fuori del Dominio in questo o in estero Stato, ovvero se è ignoto il luogo di sua dimora, oppure si tratta dell'esecuzione d'un lavoro.... (§ 1). Contro l' emesso precetto di pagamento non si fa luogo a ricorso... (§ 4). Scorso il termine prefisso nel precetto di pagamento, si concederà all' attore, sopra sua domanda, s' egli già non possiede sufficienti mezzi d'assicurazione, l'esecuzione cauzionale mediante pignoramento e stima, e ciononostante che siasi avviata la procedura sommaria o scritta. Se l'attore possiede già un pegno, egli ha tuttavia il diritto di domandarne la stima, e se il pegno risulta insufficiente alla cauzione, può domandare per completarla il pignoramento e la stima di altri beni del convenuto (§ 7).

Il creditore originario colla presentazione del titolo autentico del suo credito potrebbe agire in questo modo contro il debitore, e in suo luogo il cessionario o il surrogato, quando presentassero anche il rispettivo titolo di cessione o di surroga, o purchè sia ancor questo provato mediante un documento pubblico originale (§ 2).

L'art. 2214 del Codice Napoleone esclude il cessionario dal beneficio

(1) Vedi l' interpretazione portata dalla sovrana Risoluzione 29 dicembre 1838, pubblicata dal Governo di Milano colla Notificazione 4 luglio 1839.

dell'esecuzione parata, se prima non ha denunciato la cessione al debitore. Ma quesla disposizione non varrebbe nel silenzio della nostra legge: tanto più perchè il precetto di pagamento per sè medesimo comprende pure questa notificazione.

Il creditore originario e i suoi aventi causa possono agire con quesla procedura anche contro gli eredi del debitore, purchè provino col decreto di aggiudicazione quesla loro qualifica (sudd. § 2). Essi sono perciò debitori personali. Vedremo in avanti del terzo possessore in riguardo all'azione reale ipotecaria (§ LVII, n. 12).

§ LVI.

In quanto il creditore debba attenersi all' ipoteca o possa esercitare il suo diritto sopra altra sostanza del debitore viene determinato nel Regolamento del processo civile.

§ 465, *Cod civ. austr., ed arg. dal* § 400 *Regol. giud.*

SOMMARIO

1. Il creditore coll'azione personale può esecutare qualsiasi bene del debitore.

1. Differenza caratteristica tra l'azione personale e la reale dicemmo essere la facoltà per l'una di venire all'esecuzione di qualsiasi cosa appartenente al debitore: per l'altra di restringere l'apprendimento esecutivo solamente allo stabile ipotecato. E di vero, nell'azione personale siccome al creditore è obbligata la persona del debitore, con essa rimane obbligato e dee prestarsi materia di soddisfacimento l'universo suo patrimonio: quasichè il creditore ne' limiti del suo diritto indossi la personalità e quindi la proprietà del suo debitore; ma nell'azione reale, considerandosi come direttamente obbligata la cosa, ad essa sola si rivolge la determinazione esecutiva del creditore, e non sulla restante facoltà del proprietario; il quale nell'azione proposta figura come possessore bensì, non già come debitore.

Chi è obbligato personalmente non potrebbe, come il terzo possessore lasciando ai creditori il fondo ipotecato, liberarsi dalla parte di debito che rimanesse insoluta dopo venduto il fondo, come vedremo sotto il seguente § LXIV. Che anzi stabiliamo qui non potere nemmanco costrin-

gere il creditore ipotecario a limitarsi o a cominciare l'esecuzione dal fondo ipotecato, piuttosto che dalle altre cose del suo patrimonio.

Da questo emerge il senso del § 400 del Regolamento giudiziario, al quale evidentemente si riporta il § 465 del Codice civile austriaco: materia del presente §; chè ambedue alludono all'esecuzione addomandata sui beni del debitore, e non su quelli del possessore; e quindi analogamente alle premesse nostre considerazioni dispone il primo de' citati §§: « quando il reo sarà in obbligo di pagare una somma di danaro all'attore, questi dovrà nell'istanza per l'esecuzione denunziare quei beni di ragione del reo, sopra i quali intenderà conseguire la sua soddisfazione, e *questa elezione competerà anche nel caso che il suo credito fosse assicurato con pegno* ».

Questa disposizione si raccomanda per la semplicità sua, che non fa difetto nella generalità dei casi, e si giustifica come rigorosa deduzione dal diritto creditorio personale, come avvertimmo or ora.

Ma ella è specialissima al Diritto austriaco, ed assai più che non nel Diritto romano, nel francese e nelle legislazioni imitatrici di quelli, sembra riescire aspra ed esosa ai debitori. Disponeva il Diritto romano che nell'ordinaria esecuzione delle sentenze prima si apprendessero le cose mobili, poscia, se insufficienti alla soddisfazione del creditore, si addivenisse all'esecuzione degli immobili, e da ultimo a quella de' diritti e dei crediti. *In venditione itaque pignorum captorum facienda*, scrisse Ulpiano, *primo quidem res mobiles, animales pignori capi jubent et distrahi. Quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt....: quod si nec, quæ soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura: exequuntur itaque rem judicatam Præsides isto modo* (1).

Così nel Codice civile francese queste stesse disposizioni furono conservate in beneficio del debitore minorenne anche emancipato (2): e, in riguardo agli altri debitori, non può il creditore procedere all'esecuzione

(1) Leg. 15. § 2 Dig. *de re judicata*. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 19, def. 1, e Richeri, *jurispr.* vol. 9, § 1739 opinarono che il creditore non potesse esecutare per un piccolo debito una cosa di grande valore, quando potesse esecutare una di minor pregio; o se l'avesse fatto dicono che sarebbe tenuto del *quanti interest* verso il debitore. Ma la leg. 5, § 10, Dig. *de rebus eor. qui sub tutel.* non esce dal caso d'una vendita da farsi di una cosa del pupillo pe' suoi bisogni; e quindi non esce da' termini della volontaria giurisdizione. Piuttosto riterremo che, non si debba in tal caso concedere l'esecuzione, ma diniegheressimo al debitore l'azione dell'indennizzazione. Non concederessimo l'esecuzione per la ragione additata della Glossa, seguita da Bartolo, Baldo e Saliceto, nella leg. *quamdiu*. Cod. *de distract. pign.* ove dice del creditore, *non videtur in bona fide versari*. Ma dubito che per la legge austriaca si possa accogliere questo temperamento. Anzi il niega Carozzi, *Giurispr*, Vol. 10 *del dir. di pegno*, cap. 3. n. 10.

(2) Art. 2206, Cod. Napoleone: disposizione conservata negli art. 2334 del Cod. alb. art. 2107 del Cod. delle due Sicilie. Grenier, *hyp.* n. 476. Nell'art. 878 del Cod. estense di proc. civ. si stabilisce questo ordine solo nel caso che il debito non eccedesse le lire 500.

di beni stabili a lui non ipotecati, che in mancanza degli stabili a lui ipotecati e posseduti dal debitore. (1) Se gli stabili poi sono situati in differenti distretti, non si può procedere alla vendita forzata se non successivamente, a meno che non formino parte d'un solo e medesimo procedimento (2). Ed ha di più questa notevole disposizione: se un debitore prova con scritture autentiche di locazione, che il reddito netto e libero d'un'annata procedente da' suoi immobili basta pel pagamento del capitale dovuto, degli interessi e delle spese, e ne offerisse la delegazione al creditore, possono i giudici sospendere il procedimento, il quale potrà ripigliarsi se sopraggiunge qualche opposizione o qualche ostacolo al pagamento (3). Ma Grenier giudiziosamente osserva che ben di rado il debitore potrebbe godere di questa benigna disposizione; perchè egli non può essersi ridotto agli estremi dell'esecuzione, se avesse avuto tante attività da dimettere il creditore co'redditi d'un anno. In tal caso non gli poteano mancare espedienti da evitare l'espropriazione (4).

Il Diritto nostro, domandiamo, deve egli essere in alcun modo temperato, affinchè il creditore possa agevolmente ottenere il fatto suo, senza aggravare colla soverchia sua libertà la condizione del debitore? Noi non crediamo che sia agevole prendere in ciò un partito decisivo. Perchè in fin di fine la disposizione della legge vigente non offende tanto gravi interessi. Supponiamo anche che ci sieno creditori i quali prendano occasione dal loro diritto per vessare il debitore senza pietà. Se questi avesse veramente de' mezzi sufficienti a dimettere i suoi debiti, potrebbe anche agevolmente sottrarvisi, realizzando egli di sua scelta quelli fra i suoi beni, la cui espropriazione, non gli sia per tornare più dannosa, e co' danari ritratti disarmare chi lo perseguita.

A questo intento raccomanderemo ai giudici il temperamento proposto da Carozzi, ove dice: « quando poi il debitore stesso chiede che si faccia la vendita di una sola delle cose in genere pignorate, dimostrando che questa è sufficiente ad estinguere il suo debito, pare che la succennata facoltà del creditore debba essere soggetta in tal caso a restrizione, e che possa essere secondata la domanda del debitore, ove consti realmente che colla vendita di questa sola cosa il creditore possa essere pagato; poichè tale sua facoltà dev'essere da lui esercitata soltanto entro i limiti necessarj a conseguire ciò che gli è dovuto, e col minor danno possibile del pignorato: onde bastando a soddisfarlo la vendita di quella sola cosa che viene da costui indicata, non è giusto che gli si conceda di esporre all'asta altre cose comprese nel suo pegno: quantunque sia vero in tesi

(1) Art. 2209 Cod. Napol. cui corrisponde l'art. 2337 del Cod. albert., l'art. 900 del Cod. estense di proced. civ., l'art. 2110 del Cod. delle due Sicilie. Grenier, *hyp* num 478.

(2) Art. 2210 Cod. Napoleone. Grenier, *hyp.* num. 479.

(3) Art. 2212 Cod. Nap. Egualmente negli art. 2338 del Cod. alb. nell'art. 2118 del Cod. delle due Sicilie.

(4) Grenier, *hyp* n 481

generale ch'egli non possa essere costretto a far vendere piuttosto l'una che l'altra delle cose ad esso pignorate » (1).

§ LVII.

Se nel tempo in cui l' immobile è ipotecato, il debitore ne trasferisce la proprietà ad un' altro, è libero al creditore di far valere prima il suo diritto personale contro il debitore, e poi di cercare d'essere pienamente soddisfatto sull'immobile ipotecato.

Arg. dal § 466 *del Cod. civ. austr. dagli art.* 2166, 2167, 2170 e 2171 *del Cod. Napoleone.*

SOMMARIO

1 Dell' azione ipotecaria nei rapporti col possessore del fondo obbligato: quindi dell' aziono reale semplice e della mista.
2. Del beneficio d'ordine o della previa escussione del debitore, abolito dalla legge austriaca.
3. Se l' eccezione d'ordine, che appartiene al fidejussore, si possa opporre dal possessore che ha obbligato la cosa propria per un debito altrui.
4. Dell'aziono ipotecaria semplicemente reale. E pur essa, come l'ipoteca, reale ed individua.
5. Quest'azione colpisce il possessore avente causa dal debitore. *Quid juris* del possessore per usucapione.
6. Se si può intentare contro i possessori non aventi causa. Remissive. Dell'asta fiscale.
7. Non ha luogo contro il possessore non avente causa dal costituente semplice possessore: remissive.
8. Dell'indivisibilità dell'azione ipotecaria, sì per riguardo al credito, che per riguardo alla proprietà.
9. Quale sia lo scopo, il conchiuso o il foro competente per quest'azione. Il fondo sul quale si chiede l' esecuzione dev'essere esattamente designato.
10. Cosa si debba dedurre in quest' azione, e quali eccezioni può opporre il possessore.
11. Il creditore deve allegare il possesso del convenuto. *Quid juris* se il possessore alienò il fondo durante il giudizio.
12. Se contro costui si possa usare della procedura esecutiva.
13. Dell' aziono ipotecaria mista della reale e della personale. Se si può promuovere secondo tre rapporti contingibili.

(1) Carozzi, *Giurisprud* Vol 10 *del pegno*. cap. 3. n 7.

14. Primo rapporto: se si promuove contro il possessore che è debitore di tutto il debito. Comento al § 55 della nuova Norma di giurisdizione.
15. Quali estremi debba provare il creditore in quest'azione.
16. Secondo rapporto: se si conviene per tutto il debito il possessore obbligato personalmente per une parte. *Quid juris* del possessore che sia un fidejussore semplice.
17. Terzo rapporto: se si convengono e il possessore, e le persone obbligate personalmente. Estremi ed eccezioni di questa azione.

1. Dall'azione personale procediamo all'azione reale ed alla mista, seguendo la distinzione tracciata nel penultimo §. Nell'esame di queste due azioni i rapporti personali si cambiano: il creditore non si trova più solamente in confronto del debitore suo, e non deduce soltanto il suo diritto creditorio personale; ma viene direttamente sulla cosa vincolata per l'ipoteca alla soddisfazione del suo diritto, e di conseguenza è solo per l'intermezzo del suo diritto creditorio-reale che ristà in confronto del debitore, ma non più soltanto come debitore, sibbene come possessore del fondo ipotecato (azione mista); o viene immediatamente contro qualsiasi possessore del fondo, anche estraneo al debito personale, perchè soffra la deduzione e la realizzazione del suo diritto reale, che si oppone alla sua libera proprietà (azione reale semplice).

Collo studio di queste azioni, noi non ventiliamo ancora tutta l'efficienza dell'azione ipotecaria, se la si considera nella sua più generica significazione: come quella la quale fa sì che il diritto ipotecario del creditore agente si opponga e resista alle altre ipoteche di altri creditori concorrenti sullo stesso fondo. Ma siccome sono diversi i momenti di procedura, e solo dopo d'essersi definiti i rapporti tra il creditore agente e il possessore, si suscita e compone quella concorrenza di più pretendenti, così ci riserbiamo di trattare di questa nel seguente Capo, ove parliamo del giudizio d'ordine e del concorso.

Ma nel considerare qui l'azione ipotecaria tra i rapporti del creditore e del possessore, il metodo nostro richiede che parliamo prima dell'azione reale semplice, indi dell'azione mista, che della personale e della reale insieme partecipa.

2. Ma prima che i legislatori disponessero il creditore ipotecario ad adoperare l'azione reale contro del terzo possessore, non sempre vollero prescindere da un benigno riguardo verso costui, facendo sì, che quegli avanti d'esercitare il suo diritto sul fondo posseduto dal terzo estraneo al debito, ne sperimentasse l'efficacia sulla sostanza di coloro che sono tenuti al debito stesso per la loro persona. Fu questo appellato il *beneficio d'ordine* o di previa escussione, e fu concesso nel Diritto romano, e conservato dalle estere legislazioni in di lui favore, come erasi con-

cesso, e si concede tuttavia presso la legge austriaca (1) al fidejussore semplice.

Però ne'primi e più floridi tempi della romana giurisprudenza il terzo possessore non avea cotal beneficio: solo l'ottenne dappoi grado a grado. Cervidio Scevola, della scuola di Papiniano, dice d'un creditore ipotecario: *creditor, cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum veni t* (2). E gli imperatori Diocleziano e Massimiano senza ambagi sancivano: *est in arbitrio vestro, an personali debitoris heredes, an eum qui ab his distracta, sibique tradita pignora tenet in rem serviana (si non longi temporis præscriptione munitus sit), an utrosque conveniatis* (3); e in altro luogo: *distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti juris* (4).

Era questa una esatta deduzione del diritto reale del creditore, al quale non potea nuocere e non era dovere di prendere in considerazione, che il fondo destinato alla sua garanzia fosse passato dalle mani del debitore a quelle d'un estraneo. Questi non potea avere per la proprietà sua i diritti più alti di quelli del suo datore: e la causa sua, come posteriore a quella del creditore, gli era affatto subordinata. Ma pure nell'imperfetto sistema ipotecario d'allora avveniva soventi che il possessore conoscesse l'ipoteca solo quando esercitavasi a suo danno. Aggiungasi che l'ipoteca per essere illimitata e generale, offendeva insieme e la proprietà rimasta al debitore, e quella passata nei terzi. Questi due enormi difetti doveano essere con molto fastidio sentiti anche ne'primi tempi. Onde avveniva che se pur voleasi rispettata l'ipoteca del creditore, desideravasi, ed era eccellente l'intenzione, di proteggere eziandio la proprietà dei terzi. Epperciò l'equità imperatoria si accinse a trasformare il Diritto, incominciando a fare indulgente il fisco alla causa dei possessori: come ci attesta Paolo dove dice: *Moschis quædam fisci debitrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat; a quibus, post aditam hereditatem, Faria Senilla et alii prædia emerant. Cum convenirentur* (questi compratori) *propter Moschidis reliqua, et dicebant heredes Moschidis idoneos esse, et multos alios ex iisdem bonis emisse: æquum putavit Imperator, prius heredes conveniri debere: in reliquum possessorem omnem: et ita pronunciavit* (4). Ma la disposizione amministrativa non era ancora precetto di Diritto civile. Nientedimeno s'incominciò pur allora a volere dagli stessi imperatori Diocleziano e Massimiano che il creditore citasse in giudizio prima il debitore, se si trovasse in luogo: *debitores præsentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non*

(1) §§ 1355 e 1356 del Cod. civ. aust.

(2) Leg. 19 Dig. *qui potiores in pign.*

(3) Leg. 14. Cod. *de obligat. et action.*

(4) Leg. 14. Cod. *de pignorib. et hyp.* L'egual massima si trova nella seguente leg. 24. eod. tit.

(5) Leg. 47. Dig. *de jure fisci.*

fecerint. persequenti tibi pignora seu hypothecas quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector provinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit (1). Questo diritto fu quindi confermato da Giustiniano nella Novella IV, cap. 2, ove stabilisce appunto che debbansi dapprima citare ed escutere i debitori, ed anche gli altri obbligati colla persona, quali i fidejussori, purchè si trovassero in luogo: e solamente nel caso che la loro escussione fosse o impossibile o infruttuosa, si potessero molestare i terzi possessori (2).

Varia fu la fortuna di questa misura legislatoria ne' tempi successivi. In molti luoghi cadde in disuso per le contrarie disposizioni degli Statuti. Così in Italia ripudiavala Firenze (3), in Francia le consuetudini di molte provincie (4), in Germania quella di Norimberga; così appo i Batavi e in molti altri luoghi, come attesta Müller, l'annotatore di Struvio (5). Oltre di ciò la pratica forese de' paesi ove la Novella suddetta era in vigore, dubitava forte se dessa fosse applicabile alle ipoteche speciali (6): e il dubbio era motivato per causa della Novella 112 dello stesso Giustiniano, che vi faceva un'importante eccezione nel caso che il terzo possessore all'atto di acquistare il fondo avesse conosciuto l'ipoteca del creditore: perchè, diceasi, dovesse a sè medesimo imputare quegli incommodi, che egli non acquistando avria schivato (7).

Gli è per questi due motivi, della specialità e della pubblicità di tutte ipoteche, che il Legislatore austriaco ha potuto ritornare il gius ipotecario alla primitiva sua semplicità in questo argomento: come dispose nel § 466 del Codice civile, materia del presente nostro § (8). Lodevoli sono certo i motivi d'equità che determinarono i legislatori romani a concedere questo beneficio; ma io non credo che fossero sufficienti per isfrondare il diritto del creditore della connaturale libertà sua. Quali gravissimi incommodi, quanto perditempo dovesse costare al creditore, e quante spese dovesse questi inutilmente profondere colla previa escussione, niuno è che nol veda. Avvantaggiavasi tal fiata la condizione del possessore, se

(1) Leg. 10. Cod. *de pignor et hyp.*

(2) Vedi anche l'Autentica *hoc si debitor.* in leg. 24. Cod. *de pignoribus.* Benedict. de Piumbino, *de discussion.* n. 1—4, Jacob. de Arena, *de excuss. bonor.* n. 1—10. Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1674, Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 6. def. 32. Franc. Balduio, *de pign.* cap. 14 in fin. Neguzant, *de pign.* par. 8. num. 1. n. 10, 11. Voet, *in pand. qui potior.* n. 3, Holoman, in leg. 24. Cod. *de pign.*

(3) Merc. Merlio, *de pign.* lib. 5. tit. 2. quæ. 69. num. 1.

(4) Grenier, *hyp.* n. 325. Troplong, *des priv. et hyp.* p. 796.

(5) *Syntag, jur. qui potior. in pign.* th. 38. nota y. Vinnio, *Coment.* ad § 7, Instit. *de action.*

(6) Neguzant. *de pignor.* par. 8. mem. 1. num. 20, Socino, cons. 118. Voet, *in pand. qui potiores*, num. 3. Richeri, vol. 9. § 1678 In contrario Fachineo *controv.*, lib. 10. contr. 10 e Fabro, *de error. pragm.* err. 3, dec. 6.

(7) Fabro *in Cod.* lib. 8, tit. 6, def. 33. Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1676. Voet, *in pand. qui potiores.* num. 3.

(8) Alle parole: *è libero al creditore* etc. Non dubitano della nostra significazione Mattei, al § 466. n. 9, Cod. civ. austr. Nippel, *comento* al § 466, n. 2. Winiwarter, al § 466. vol. 2. § 155. Degli Sforza, *del pegno*, § 6, cap. 1, pag. 45. Contraddice, ma è confutato dai precedenti, Francesco Ficher nel *Manuale delle eccezioni dilatorie.*

riesciva al creditore di ottenere la soddisfazione sui beni del debitore. Ma nella generalità dei casi non vedo come tal vantaggio si compensasse colla inutilità della escussione del debitore. E in ogni caso, non ha forse il possessore il modo di ricuperare quanto egli pagasse al creditore, coll'azione di regresso per subingresso o per evizione sui beni del debitore? (1).

Gli antichi interpreti, ripeto, dinegavano al possessore l'eccezione d'ordine, quand'egli avesse all'atto d'acquisto conosciuto l'ipoteca. Giustissima decisione. Anche la legislazione francese, e le contemporanee imitatrici di quella, abolivano quella eccezione in riguardo alle ipoteche speciali; ma per le ipoteche generali la conservarono, limitandola al caso in cui il debitore o i principali obbligati possedessero altri stabili affetti alla ipoteca dello stesso debito (2), e, come soggiunse Troplong, estendendola poi al caso che i fidejussori possedessero tuttavia i fondi obbligati (3).

La legge del brumale l'avea tolta (4): e lo potea, perchè tutte le ipoteche sue erano pubbliche, sebbene non tutte speciali (5). Pure, se è logica l'odierna legge francese in riguardo alle ipoteche generali occulte, non crediamo che sia egualmente ragionevole per le ipoteche generali inscritte: posciachè l'inscrizione avesse tolto ogni motivo di stupore e d'imbarazzo per i terzi acquirenti.

3. Può nascere tuttavia il dubbio: se il terzo possessore, che ha obbligato il proprio fondo per un debito altrui, possa opporre l'eccezione d'ordine, che dai §§ 1355 e 1356 del Codice civile austriaco è concessa al fidejussore semplice.

Il terzo possessore, che ha acquistato il fondo in precedenza ipotecato al creditore, non può, dicemmo, opporre siffatta eccezione, per la semplice e manifesta ragione, che egli pel suo acquisto non può aver pregiudicato od alterato il diritto del creditore. Il costituente dell'ipoteca, rimasto proprietario, poteva bensì disporre della proprietà sua, ma non potea trasferire nell'acquirente diritti maggiori di quelli che avesse egli stesso; e l'acquirente non può per la proprietà sua altrimenti nuocere alla realità e alla individualità dell'ipoteca del creditore, come spiegheremo con maggior diffusione in seguito. Ma la condizione giuridica del terzo possessore, nella quistione or ora proposta, differisce *toto cœlo* da quella del possessore avente causa dal costituente. Posciachè egli non ha altrimenti acquistata la proprietà affetta e condizionata da una precedente ipoteca: ma questa ipoteca uscì dal libero suo volere: e questa limita-

(1) Vedasi Grenier. *hyp.* n. 325, e il nostro § LXVI, ultimo del presente Capo.

(2) Art. 2170 e 2171. del Cod. Napoleone. A questi articoli corrispondono gli art. 2064 e 2065 del Cod. siciliano, 2255 del Cod. parmense, 2288 e 2289 del Cod. albertino. Nell'art 370 del Cod di procedura civ modenese, 195 del Regol. legisl. Gregoriano o 73 del motuproprio toscano si entra in più provvidi dettagli.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 800 bis.

(4) Grenier, *hyp.* n. 325 e 337. Troplong *des priv. et hyp.* n. 796.

(5) V. l'Introduzione, num. XIX.

zione che volesse imporre alla libertà del creditore, questa eccezione di ordine scaturisce piuttosto da un suo proprio diritto, dalla sua stessa condizione peculiare giuridica di costituente d'un'ipoteca per un debito altrui.

E parmi che egli si possa nel caso proposto parificare al fidejussore semplice, per quei caratteri communi che fra queste due persone giuridiche notammo sotto il § I, num. 3, e il § V, num. 5, che cioè si in l'uno che nell'altro caso si obbliga o colla persona e coi beni, o semplicemente coi beni, per assicurare un altro obbligo, che nel caso del fidejussore e nel caso proposto è debito altrui. Epperciò con Ulpiano diremo: *pignoris datio intercessionem facit* (1). Nella fidejussione semplice si accordò il beneficio d'ordine, appunto perchè l'obbligo assunto dal fidejussore è accessorio, e non potea perciò il creditore costringerlo a più di quanto si fosse originariamente obbligato, cioè a fargli pagare il debito prima di sapere e di sperimentare se il debitor principale fosse solvibile.

L'obbligazione assunta dal terzo che costituì un'ipoteca sul fondo proprio per un debito altrui è parimenti a considerarsi accessorio, e il creditore ipotecario che sperimentasse l'azione ipotecaria a suo danno, prima di tentare l'esecuzione del debitor principale, darebbe a divedere senza forse di trattare il costituente dell'ipoteca come fosse il debitor principale: venendo direttamente al fondo, anzichè di realizzare un diritto di pegno, mostrerebbe in fatto di pretendere che lo stabile fosse stato assegnato *pro solvendo*, e non già sottomesso a pegno, cioè alla facoltà del vendere se il debitore non paga.

4. L'azione ipotecaria è semplicemente reale, quando si dirige contro il possessore del fondo ipotecato, che non sia tenuto personalmente del debito. Di essa ha mestieri il creditore quando vuol direttamente realizzare il suo diritto sul fondo obbligato, avvegnachè, siccome egli non potrebbe impossessarsene di suo privato arbitrio, o vendendolo non potria perfezionare la vendita col trasferirne il possesso nel compratore, senza spogliare e spodestare l'attuale proprietario o possessore: e queste cose non potendo fare colla sua privata autorità, così dev'egli, se a tal fine vuol pervenire, impetrare l'autorità del giudice, che in confronto del possessore conosca ed assecondi il prevalente suo diritto.

Fondamento di questo giudizio è il suo diritto d'ipoteca, tal quale l'abbiamo considerato nel superiore § XLVI. Questa azione reale s'informa adunque della naturale efficienza di questo diritto, da esso assumendo quei due generali caratteri della realità e dell'individualità sua.

L'azione ipotecaria è reale in ciò che viene direttamente al fondo ipotecato senza riguardo alla proprietà del possessore. Ella è indivisibile in

(1) Leg. 8 Dig. ad S. C. Vellej, e gli altri luoghi citati nel sudd. § V. n. 5. vol. 1. pag. 115.

due sensi, subbiettivamente ed obbiettivamente. Subbiettivamente per riguardo all'interesse del creditore, che può agire realmente, finchè una minima parte di credito gli rimane a ricuperare (1); obbiettivamente in ciò, che col suo diritto può escutere qualunque fondo ipotecato, qualunque parte di esso, e quindi può procedere ad arbitrio contro qualsiasi di più possessori (2).

Per istudiare convenevolmente la natura di questa azione, cerchiamo contro chi, su qual fondo, a quale scopo, dinanzi a qual foro, con quali modalità di procedura, questa azione si possa efficacemente promuovere.

5. Essenza dell'ipoteca è di affettare la proprietà del fondo in modo che non istia nell'arbitrio del debitore o di chiunque altro di manometterla in pregiudizio del creditore. L'ipoteca non distrugge la proprietà, come questa non distrugge quella; ma ne costituisce una necessaria limitazione. Il debitore può bensì disporre della proprietà sua limitata in tal modo: ma il fondo anche con una infinita successione di possessori, non può per ciò solo liberarsi dal preesistente vincolo ipotecario. *Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam, te non consentiente, distraxit: dominium cum sua causa transtulit ad emptorem (3). Res pignoris hypothecæve jure creditoribus obnoxias, citra consensum eorum debitores alienantes, præcedentem non dissolvunt obligationem* (4).

Dal che apparisce che l'ipoteca conserva la sua efficacia, e produce azione contro qualunque possessore che avesse causa diretta, o indiretta per altra interposta persona, dal debitore: e sempre per il principio che nessuno può transferire diritti maggiori di quelli che abbia egli stesso, e nessuno può acquistare da alcuno più di quello che a questi appartenga. E non importa nemmeno il distinguere per qual titolo la proprietà sia passata dal debitore al possessore; purchè questi si possa dire suo avente causa, non si cerca altro. Quella sola parte però di proprietà posseduta dal terzo sarà soggetta all'azione, la quale fosse stata sottomessa all'ipoteca dal debitore, e da lui sia stata trasferita ad altri. Così se l'un socio ha comperata la porzione ipotecata dal debitore nel fondo commune, l'azione non può colpire tutto il fondo posseduto dall'acquirente, ma quella parte soltanto che gli pervenne dal socio debitore, e che fu e potea essere da lui obbligata: come dissimo nel § XIII, al num. 14-17.

Cosa diremo però di quel possessore che non avesse già acquistato il fondo ipotecato dal debitore per un titolo volontario o giudiziale, ma sibbene per usucapione? Si potrà dire che egli sia un'avente causa dal debitore? Sussisterà l'ipoteca? Sarà efficace l'azione conseguente?

(1) Troplong, *del priv. et hyp.* num. 788.
(2) Troplong, *del priv. et hyp.* num. 730.
(3) Leg. 12, Cod. *de distract. pign.*
(4) Leg. 10, Cod. *de remissione pign.* V. § XLVI n. 10.

Le leggi romane escludevano ogni dubbio per decidere affermativamente. *Usucapio pignoris conventionem non extinguit,* rescrivevasi nella legge VII, Cod. *de pignor. et hyp.* Papiniano l'affermava egualmente, mettendoci sulla traccia della ragion del decidere. *Non mutat usucapio superveniens pro emptore, vel pro herede* (cioè pel titolo di compera o d'eredità), *quominus pignoris persecutio salva sit. Ut enim usus fructus usucapi non potest* (1), *ita persecutio pignoris, quæ* NULLA SOCIETATE DOMINII CONIUNGITUR, *sed sola conventione constituitur: usucapione rei non perimitur* (2). E in altro luogo ripete la stessa teorica, *pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit,* QUONIAM QUAESTIO PIGNORIS AB INTENTIONE DOMINII SEPARATUR (3).

Questa soluzione per essere apprezzata ha mestieri che si distinguano tre eventualità diverse. Conciosiachè o il possessore ha usucapito come se avesse per un titolo valido ricevuta la proprietà dallo stesso debitore o da un suo successore, oppure ha usucapita la cosa per titolo assentitogli da persona, che non avesse alcun rapporto giuridico col debitore, o finalmente non allegasse alcun titolo, ma solo il diuturno possesso e la buona fede.

Nel primo caso io non vedo come il possessore non si possa considerare come un avente causa dal debitore; perciocchè egli allegando l'usucapione, vuole e dee insieme giustificarla con un titolo colorato, che lo qualifica appunto per tale. Così se egli credette in buona fede d'avere comperalo od ereditato dal debitore il fondo ipotecato, deve pure aggiungere a questa sua opinione la cognizione dell'onere ipotecario: la proprietà che ei credeva d'acquistare, l'acquistava così come era limitata in origine dall'ipoteca. Ha egli usucapito senza titolo? Ovvero imaginiamo che l'ipoteca non fosse ancora imposta quando egli con un titolo fittizio incominciava ad entrare nel periodo di tempo necessario a maturare l'usucapione, ma fosse stata concessa prima che l'usucapione maturasse: in questi casi, cosa potrebbe pretendere il possessore? Nulla più, rispondiamo, se non che d'avere usucapito a carico dell'anterior possessore una proprietà già affetta da una ipoteca. Egli ha usucapita la proprietà del fondo: ma non ha prescritta l'ipoteca preesistente. Egli si è messo al godimento del fondo, attratto dalla sua utilità economica: ne ha acquistato la proprietà, l'utilità giuridica. Ma il fondo era soggetto a due ordini diversi di diritti: era soggetto al diritto del proprietario: era soggetto al diritto reale ipotecario del creditore. Contro il proprietario egli ha usucapita la proprietà: contro il creditore non ha usucapita la libertà della proprietà del fondo: ossia in termini più precisi

(1) Cioè non si può usucapire per la sola ragione che si usucapisce il dominio nudo leg. 17, § 2, Dig. *de usufructu* leg. 19. Dig. *quib. mod. ususfruct.*

(2) Leg. 41, § 5. Dig. *de usurpation. et usucapion.*

(3) Leg. 1, § 2 Dig. *de pignorib. et hyp.*

(4) Leg. 12, Dig. *pro emptore.*

non ha prescritta l'ipoteca. Perciò è verissima la teorica di Papiniano: l'ipoteca *nulla societate dominii conjungitur*, perchè anzi *proprietà* ed *ipoteca* stanno in perfetta opposizione. *Quæstio pignoris ab intentione dominii separatur.* Il possessore ha avuta l'intenzione d'acquistare il dominio, mediante un titolo apposito, e col possesso di buona fede e colla durata di tempo necessaria: ma egli non ha avuta nè l'intenzione, nè la facoltà di prescrivere l'ipoteca; poichè questa per il fatto della sua usucapione non potea essere prescritta: diverso essendo l'oggetto e la persona nella usucapione del dominio e nella prescrizione dell'ipoteca. E per opporre questa gli mancano gli estremi abili: quale il decorso del tempo, che si computa dal dì che il diritto ipotecario si poteva esercitare. *Nec quisquam hoc admiretur*, soggiungiamo con Donneau, *cum dicamus per usum et possessionem legitimi temporis dominium ipsum amitti, pignus non amitti. Amitteretur enim una cum dominio pignus, si quicquam cum dominio conjunctum haberet,* IDEST SI EIUSDEM ESSET PIGNUS CUIUS EST DOMINIUM. *At hæc nulla societate conjunguntur, planeque diversorum sunt* (1). Egli ha dunque usucapito un dominio in quella tal condizione giuridica, in cui l'ha trovato: cioè affetto da una ipoteca, che ci deve quindi rispettare. Ed aggiungiamo perciò con Francesco Balduin: *et post inchoatam jam dudum rei usucapionem, potuit institui pignus* (2). Per intendere questo aforismo dobbiamo riportarci alla teorica trattata sotto il § XIV; cercare cioè se la usucapione del possessore possa considerarsi come una causa sufficiente della risoluzione del dominio nel costituente dell'ipoteca. In quel luogo abbiamo stabilito che non vi ha causa sufficiente a tal uopo, se non sia *necessaria*, *preesistente* e *reale*. Colui che usucapisce può egli pretendere d'avere usucapito, ossia d'aver fatto risolvere la proprietà nel costituente, per una siffatta causa? No di certo: chè l'usucapione non è sempre una causa necessaria di risoluzione per l'anterior possessore che colla ordinaria diligenza può impedirla: non è *preesistente*, ma anzi posteriore: perchè fondata sul possesso posteriore, su di un decorso di tempo che è successivo. Se la proprietà venne a cessare per una causa che manchi d'alcuno di quei tre caratteri, non può trascinar seco la caducità dell'ipoteca, la quale ha una sua peculiare e separata natura: fu costituita quando il debitore era assoluto e libero proprietario, quando l'usucapione non esisteva ancora,

(1) Donell. *de pignor.* cap. 14. Vedasi nel successivo § LXXXI. Il dotto profess. Bellavite, in un articolo inserto nella Gazzetta de' Tribunali di Milano, an. 3, n. 62, 63 colla leg. 1. Cod. *si adversus creditor. præscript*, crede di oppugnare la nostra tesi: ma egli non entrò nella nostra analisi: perchè quella legge parla del caso in cui poi diuturno silenzio può il terzo possessore opporre la prescrizione al creditore: ma non vi si dice, nè vi si allude al caso nostro, che cioè egli coll'usucapione del dominio potesse opporre eziandio la prescrizione al creditore. In questa nostra spiegazione conviene d'altronde Zoesio, *in dig. de pignor et hyp.* n. 24.

(2) Balduin. *de pignor.* cap. 20. Neguzant. *de pignor.* pag. 6. num. 2, 14, M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, lit. 1, quæ. 26; Voet, *in pand. qui potior in pign.* num. 9.

si conservò la sua condizione e la sua naturale efficienza: avesse il debitore rinunciata la proprietà: fosse questa di nessuno: il diritto del creditore rimane, perchè reale ed affettante la cosa senza riguardi personali.

Rimane a vedere il terzo caso, se il possessore avesse usucapito con un titolo derivato da persone che non avessero avuto alcun rapporto giuridico col costituente. Ma questa ricerca entra in un ordine più complesso di quistioni, che ci proponiamo di sciogliere, domandando: se l'azione ipotecaria possa promuoversi contro il possessore non avente causa dal costituente.

6. In due modi si può essere possessore d'un fondo che ha appartenuto al debitore, senza averlo da lui direttamente o indirettamente acquistato: o per avere cioè ricuperato dal debitore quella proprietà che dapprima gli appartenea imperfettamente, per una causa necessaria, preesistente e reale: o per avere acquistata posteriormente la cosa con un diritto eccezionale. Abbiamo veduto nel § XIV sotto la specie delle cause risolutive del dominio come potesse avvenire che il debitore costituente potesse perdere la sua proprietà, non per un fatto suo volontario soltanto, ma per una causa che racchiudesse quei tre caratteri; quando cioè un terzo avesse pur egli un diritto, che in date circostanze superasse e vincesse il diritto di colui. Ivi abbiamo mostrato, ed ivi ci riferiamo, per non ripetere inutilmente le stesse cose, quale fosse il destino d'un'ipoteca accesa su di una siffatta proprietà risolubile, e come presiedessero a queste vicende tre leggi moderatrici: l'una nel principio analittico, che nessuno può trasferire in altri diritti maggiori di quelli che per avventura avesse egli medesimo; e quindi dicemmo che l'ipoteca concessa su di un dominio risolubile non può durare più a lungo di esso: l'altra nel principio sintetico per cui la invincibile buona fede dei terzi deve essere protetta, e il creditore deve essere tal fiata difeso contro l'efficienza del primo principio; la terza fu posta nella norma pratica che deve presiedere ad ogni contestazione di diritti, ed è la che causa di caducità del dominio, per trarre seco quella dell'ipoteca, deve essere ventilata giudizialmente in confronto al creditore interessato.

Può l'odierno possessore avere acquistato il fondo dall'anteriore possessore, non per aver avuto causa da costui, o per una causa preesistente che la di lui proprietà avesse disciolta, ma piuttosto per un postfatto, il quale per un diritto eccezionale attribuisse al successore un diritto prevalente su quello dell'anteriore proprietario.

Tale sarebbe il caso di colui che avesse comperato all'asta fiscale, o di colui che avesse usucapita la proprietà per un titolo derivante da persona estranea affatto all'anteriore possessore e costituente dell'ipoteca.

La sovrana Patente 18 aprile 1816 regola il metodo della riscossione forzata delle imposte prediali e personali dell'erario della provincia e

della comune e delle rendite comunali d'ogni natura (art. 28), sì nei rapporti tra l'esattore comunale e i contribuenti, che in quelli tra l'esattore provinciale e l'esattore comunale (1). Ella concede all'esattore comunale, passati quindici giorni dalla scadenza del debito, e cinque giorni dopo l'avviso dato al debitore medesimo pel pagamento, di procedere alla oppignorazione del fondo del debitore senza aver bisogno dell'intervento del giudice o d'alcuna altra autorità (art. 51-53). Avanti di procedere all'oppignorazione de'fondi stabili, deve l'esattore consumare l'esecuzione sui frutti pendenti e separati dal suolo, sul fitti e sulle rendite dei beni e sui mobili proprii del debitore (art. 56-60). Egli può procedere sui fondi del medesimo situati in altri comuni, quando i beni situati nel circondario dell'esattoria si trovassero insufficienti (art. 61). Trascorsi quindici giorni dall'oppignorazione, il fondo oppignorato si pubblica per la vendita all'asta: e questa non si tiene prima di altri giorni venti compiuti (art. 65-67). Gli avvisi dell'asta degli stabili devono pubblicarsi ed affiggersi in tutti i comuni del distretto e del capoluogo della provincia (art. 67). Gli stabili non si possono deliberare al di sotto della metà del valor censuario (art. 80). Il di più del prezzo ricavato si versa nella cassa comunale e sta a disposizione del contribuente (art. 71). Il proprietario debitore può riscattare lo stabile venduto per un prezzo inferiore al valore dell'estimo censuario, ed egualmente i creditori con ipoteca legalmente costituita sopra il fondo alienato, tuttavolta che dalla vendita seguita ad un prezzo al di sotto del giusto valore, da determinarsi, ove occorra, mediante perizia, si trovassero lesi nel loro interesse, nè potessero in qualsiasi altro modo essere soddisfatti del loro avere. In tal caso possono questi *ricuperare il fondo* dall'acquisitore per esercitare poi sul fondo stesso i diritti ad essi competenti nelle vie regolari. *Rimanendo nulladimeno salve le ragioni*, che i medesimi aver potessero sul prezzo versato nella cassa pubblica, in quanto eccedesse la somma di debito per cui sarà seguita la vendita.

Per esercitare però nei predetti casi tanto il diritto di ricupera, quanto le ragioni sul prezzo, dovrà la domanda essere presentata al rispettivo protocollo delle amministrazioni comunali nel *termine perentorio di mesi tre* dalla data della seguita vendita. Dovrà inoltre la domanda medesima, allorchè si tratta di ricupera, essere accompagnata dal contemporaneo deposito nella cassa dell'esattor comunale, del capital prezzo sborsato dall'acquisitore col di più dell'importare degli interessi in regola del cinque per cento, e coll'offerta di reintegrare l'acquirente delle spese necessariamente fatte in detto fondo, o coll'incontro dei frutti da esso percetti, od in altro modo a termini di ragione e nelle vie regolari (art. 72). Con questa disposi-

(1) Art. 128 della stessa sovrana Patente, sovr. Risoluz. 7 febbrajo 1820 pubblicata colla Circolare 19 dicembre 1820 dell'Appello lombardo, e 22 dicembre 1822 dell'Appello veneto.

zione non viene tolto il diritto ad agire per la rescissione della vendita di quei beni, che fossero stati venduti a meno della metà del loro giusto valore, a termine del Codice vigente; azione da promuoversi contro l'acquisitore, non già anche contro l'esattore: a meno che non vi sia stato dolo o mancanza per parte di questi (art. 79).

Con questa legge si volle favorire la vendita fiscale, in modo che scorsi tre mesi da essa, e non concorrendo gli estremi per la rescissione in causa della lesione enorme, i creditori ipotecarii inscritti sul fondo venduto restanò caducati dall'ipoteca. La Circolare 21 giugno 1820 del Governo veneto espressamente dichiarò: che la vendita all'asta fiscale del fondo ipotecato, avvenuta per debiti d'imposte prediali, fa passare nell'acquirente il fondo libero da ogni ipoteca e sotto la garanzia della pubblica fede. La causa dei tributi meritava certo una si pronta realizzazione; ma nello stesso tempo, siccome dissimo nell'Introduzione (num. ult.) si potea anche risparmiare la rovina del credito ipotecario senza imbarazzare di tanto l'amministrazione delle pubbliche entrate. I creditori versano nel quotidiano pericolo d'ignorare la praticata oppignorazione, e la conseguente vendita dello stabile ipotecato. Ad essi non può sempre pervenire notizia della pubblicazione degli avvisi invitanti all'asta: essi s'adagiano sovente sulla millantata pubblicità del sistema ipotecario, e molti v'hanno che o per imperizia o per altri ostacoli non potrebbero sospettare dell'accaduto, o se ne accorgerebbero troppo tardi. Una vera ed effettiva pubblicità richiedesi. Poco disturbo può arrecare all'esattore la cura che gli si ingiungesse di esaminare nei registri censuarii le ditte dell'attuale e dei precedenti proprietarii dell'esecutato: indi consultare i registri provinciali delle ipoteche, prendere conoscenza de' creditori inscritti, ed al domicilio eletti da essi nell'iscrizione mandare un'esemplare dell'avviso dell'asta. Concedasi un mese di tempo oltre i venti giorni che devono correre dalla pubblicazione dell'avviso all'aprimento dell'asta, e ben poco perditempo si cagionerà all'esattore: e dall'altra parte si eviteranno tante ruine, e tante spogliazioni pei creditori, i quali avvisati in tempo potrebbero volonterosi dimettere il debito fiscale, ed evitare a sè un grave pericolo e all'esattore e alla Comune le brighe della delibera, del deposito e della spartizione del prezzo.

Coi più caldi voti sollecitiamo dal Legislatore una qualche provvidenza rimediatrice del credito fondiario: che può d'altronde non riescire difficile appena che fosse sistemata la tanto desiderata pubblicità dei dominii; nel mentre è tanto più urgente il pericolo dei creditori, in quanto che l'esecuzione privilegiata ha luogo non solo per le imposte dirette ed indirette, reali e personali, ma si concede eziandio per molte altre cause così generali, che mettono in profonda apprensione sui quotidiani pericoli del credito fondiario di queste provincie.

Concedesi quell'odioso privilegio per l'esazione di ogni credito civile spettante all'amministrazione camerale: come importano la legge

generale di finanza 17 luglio 1805 art. 34, il Decreto italico 17 aprile 1806 art. 12, conservati tuttodì in vigore dalla sovrana Patente di promulgazione del Codice civile austriaco, che dichiarò in genere mantenute in vigore le leggi fin allora promulgate in materie camerali e di finanza (1).

Concedesi lo stesso privilegio a carico degli esattori comunali medesimi pei loro debiti verso l'esattore provinciale, come dissimo a principio.

È dubbio, ma nel dubbio medesimo ci ha un'estremo pericolo, che la vendita col privilegio fiscale si conceda anche per *l'imposta sulla rendita* e sul *godimento degli edificii*, decretata dalla sovrana Patente 11 aprile 1851; giacchè l'articolo 40 di quella legge prescrive che l'esazione della medesima si debba fare nei modi prescritti per l'esazione delle imposte dirette (2).

Ha pur luogo, sebben sia dubbio, per l'esazione delle spese fatte dai Comuni per le riparazioni degli edificii minaccianti rovina (3), e gli importi di bolli e tasse (4).

Ha pur luogo infine per la esazione delle tasse consorziali sopra fondi facienti parte d'un comprensorio: come arreca il dispaccio 2 marzo 1826 della Cancelleria aulica (5): così per l'esazione dei debiti della tassa Quintello (6).

7. La massima per la quale si ritiene che il fondo ipotecato cambiando

(1) Giudicato coll'Aulica decisione 28 febbrajo 1845, in riforma della sentenza di prima istanza 23 agosto 1839, e della sentenza d'Appello 24 aprile 1844: che il pignoramento fiscale per un credito del fisco derivante da un titolo meramente civile, avesse efficacia anche in confronto del terzo divenuto possessore de' beni oppignorati nel tempo intermedio: *Giornale di giurisprud. prat. di Venezia* an. 3, 1850. n. 18. Giudicato in prima istanza colla sentenza 13 novembre 1851, confermata dalla decisione 22 luglio 1852 n. 6927 della suprema Corte di giustizia: che il fisco ha il privilegio dell'espropriazione forzata dei tributi prediali pel residuo prezzo d'una vendita, comunque non ipotecato. *Giorn. di giurispr. pratica di Venezia* an. 5. 1852, num. 18 e 19. Giudicato col decreto 3 marzo 1853. n. 3277 dell'Appello . . . . che il ricevitore provinciale non è obbligato di intervenire nella distribuzione del prezzo residuo a ciò che fu da lui prelevato nell'esecuzione finale d'uno ch'era fidejossore d'un esattor comunale. Decreto confermato colla decisione 3 giug. 1853. n. 5405 della suprema Corte di giustizia — Beretta, *Giorn. di giurispr. pratica di Venezia*, an. VII, 1854. n. 18. *Regolatore amministrativo*. — Ed. Civelli, Milano, 1856. n. 12.

(2) Sonzogno, *man. del proc. civ. aust.* cap. XIV. pag. 581. Non ha luogo però per l'esazione delle rendite comunali d'ogni natura, nei contratti, nei quali tralle parti si fosse convenuto questo privilegio, com'egli pretende; perchè egli stesso cita nel comento al § 49 della sovrana Patente 15 apr. 1846, pag. 589, la Circ. 24 ott. 1846 del Gov. lomb. che toglie all'esattore in questo caso il privilegio fiscale del § 76 della stessa Patente, onde è facile l'arguire che questa privilegiata esecuzione non possa nuocere ai creditori ipotecarj.

(3) Sonzogno ibid. pag. 581. Vedi l'art. 35 del Decr. ital. 20 maggio 1806, e Circol. del Gov. ven. 18 genn. 1819 e 10 aprile 1822.

(4) § 7 della leg. 9 feb. 1850. Sonzogno, ibid. pag 583.

(5) Circolare 16 aprile 1826 del Gov. lomb. Circolare 11 aprile, detto anno del Gov. veneto.

(6) Circol. 19 aprile 1825 del Gov. veneto.

di possessore non si spoglia del suo onere, patisce un'altra eccezione, oltre quella della vendita fiscale, nel caso che il fondo fosse stato venduto all'asta giudiziale, e nel conseeutivo giudizio d'ordine il creditore non si fosse insinuato, o il suo diritto non fosse stato collocato utilmente. Ma parlando di ciò anticiperessimo sulla materia propria del giudizio d'ordine, che tratteremo nel Capo seguente.

Un'altra eccezione abbiamo annunciata in riguardo al possessore che non avesse avuto causa del suo possesso nè dal debitore, nè da persona che da lui avesse causa: ma (supponiamo) avesse comperato il fondo dalla stessa persona dalla quale avesse pur comperato il debitore lo stesso fondo da lui ipotecato nel tempo intermedio. Nel § XIV n. 4. abbiamo veduto come il nuovo possessore, in virtù del semplice suo possesso potesse difendersi contro l'antecedente possessore, e quindi il creditore ipotecario di quest'ultimo non potesse molestare colui, se non nel caso che potesse giustificare la sua intenzione col secondo principio pratico che ivi abbiamo posto, cioè sulla invincibile sua buona fede.

Nè si creda che con questa conclusione non ci accordassimo colla contraria che abbiamo abbracciata di sopra in riguardo alla usucapione: poichè ivi abbiamo messo per ipotesi che l'attual possessore avesse usucapito o come avente causa dal debitore, o in forza del suo possesso di fatto: in ambedue i casi si supponea per noi che l'anterior possessore e costituente dell'ipoteca fosse stato vero proprietario, o possessore in modo che l'aver lui concesso un'ipoteca era giustificato dalla sua proprietà o possesso, e niente affatto in opposizione col diritto posteriormente acquisito dall'usucapiente. Ma nell'ipotesi ultima della collisione tra due possessori non aventi causa l'uno dall'altro, ma aventi un diritto contraddittorio, perchè supponente un doppio possesso assoluto e contemporaneo tra due diverse persone; siccome in parità di titoli l'attual possessore è poziore in virtù del suo possesso: così resta eziandio vincente sul possesso e del debitore e del suo creditore, perchè il diritto di questo (fatta astrazione dalla sua buona fede) si fonda sul possesso del debitore che è vinto e svestito d'ogni valor giuridico dal prevalente possesso dell'attual possessore. Così è che leggiamo in Neguzanzio: *conclusio est, quod si debitor tempore obligationis nullum aliud jus habebat in re hypothecata, nisi solam possessionem, non posset creditor per hypothecariam avocare possessionem sibi per debitorem obligatam a tertio possessore, ad quem dicta res devenit post obligationem contractam; et ratio est, quia hypotheca extinguitur peremptione rei hypothecatæ... Sed dicta possessio, quæ erat penes debitorem tempore obligationis, statim cum per eum fuit amissa, et per alium occupata, extincta fuit, et novus possessor non dicitur habere illam possessionem, quam prius habuit debitor, sed novam et diversam ab illa, licet secus sit in dominio* (1).

(1) Neguzant, *de pignor*, par. 8 mem. 3, n. 17. M. Merlin. *de pign.* lib. 2. tit. 1, quæ. 2. n. 22.

Un altro caso notabile d'un possessore non avente causa dal debitore, è di colui che avesse costituito un'ipoteca sul fondo proprio per un debito altrui, senza obbligare la propria persona: come dissimo nel superiore num. 3. Questi si dee uguagliare a qualunque altro possessore (1), salvo che, come avvertiremo in appresso, non avrebbe tutte le eccezioni che competono ai possessori veramente estranei all'ipoteca.

8. Il diritto d'ipoteca non è solo reale: è anche indivisibile; e lo è per riguardo al credito, e per riguardo alla proprietà ipotecata. L'azione ipotecaria avrà dunque la stessa efficacia, se è vero che l'azione abbia tanta virtù, quanto ne ha il diritto che la determina. Dissimo nel § XLVI dell'individualità del diritto d'ipoteca: diciamo or qui dell'individualità inerente alla azione che da quel diritto consegue.

La differenza tra l'azione personale e l'azione reale in questo argomento risalta agli occhi evidentissima: l'azione personale dirigendosi contro gli eredi del debitore, colpisce ciascuno secondo la sua singola quota ereditaria. *Pignoris autem jure*, s'argomentano Diocleziano e Massimiano, *pignoris autem jure multis obligatis rebus, quas diversi possident, cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur; qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent cedant* (2). Ed egualmente Pomponio insegnava: *si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum ipse debitor solvisset* (3).

L'indivisibilità dell'azione ipotecaria, secondo che stabiliscono i dottori, è subbiettiva ed obbiettiva: rimane nella sua interezza finchè rimane una minima parte di debito ad estinguere: rimane nella sua interezza sopra una benchè minima porzione del fondo ipotecato: e ne è libero l'esercizio su qualunque tra più fondi, o su qualunque parte di un solo (4).

La realità dell'ipoteca fa sì, che il creditore conservi lo stesso diritto, comunque la cosa impegnata passi nel dominio di più persone. Ha egli la facoltà di escutere quella qualunque fralle cose obbligate e possedute dal debitore? (§ LVI): ei conserva questa sua facoltà comunque le cose obbligate sieno state alienate ad estranei: *creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus, quibus velit distractis ad suum commodum pervenire*,

(1) Persil. *Rég. hyp.* art. 2171. n. 2, Troplong, *des priv. et hyp.* num. 846.

(2) Leg. 2, Cod. *si unus ex plurib. hered.*

(3) Leg. 8 § 2. Dig. *de pignor action.* leg. 1 Cod. *de luitione pignor.* leg. 16, Cod. *de distract. pignor.*

(4) Negusant, *de pign.* par. 8, m. 1, n. 48-50, par. 5, m. 2, n. 35-37. par. 6, m 1. n. 22. M. Merlin, *de pign.* lib. 4, tit. 3, quæ. 127, n. 4-9. Franc. Balduin. *de pign.* cap. 14 e 18. Covarruvias, *Var. Res.* lib. 3, cap. 8, n. 7, Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 21, def. 2. Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1696, 1734. Voet, *in pand. de pignor. et hyp.* num. 19. *qui potior. in pign.* n. 2, 4 e 8. Zoesio, *de distract. pign.* n. 7, Müller, *in notis ad Struvium, Synt. jur. qui potiores in pign.* thes. 38, nota 1. Troplong, *des priv. et hyp.* num 775-786.

concludiamo con Modestino (1), e con Francesco Balduino soggiungiamo: ***hic itaque non quæritur, quantum quis possideat, sed an possideat*** (2). Così nel concorso d'ipoteche collettive, che colpiscono cioè più fondi insieme, e d'ipoteche speciali, l'anteriore creditore conserva l'individualità del suo diritto sopra qualunque fondo. ***Qui generaliter bona debitoris,*** scrive Papiniano, ***pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur: quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit*** (3).

Il creditore, finchè non ha ricuperato tutto l'aver suo, conserva la piena libertà di esercitare l'ipoteca secondo la realità e l'individualità sua. A lui non può nuocere d'aver prima intrapresa l'esecuzione dell'azione personale; egli non resta impedito dal promuovere anche l'azion reale, se questa gli giova per realizzare compiutamente il suo diritto: ***quia,*** diremo con Marciano, ***suas conditiones habet hypothecaria actio: id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet*** (4). E viceversa, se dopo esperite le azioni reali rimane ancora insoluto parte del debito, il creditore può ancora dar mano all'azione personale: come rescrissero Diocleziano e Massimiano: ***adversus debitorem electis pignoribus, personalis actio non tollitur: sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato, de residuo manet integra*** (5).

A questa dottrina oppose Giustiniano un'eccezione in prò de' legatarj aventi l'ipoteca legale assicuratrice de' loro legati sulla sostanza ereditaria. Perciocchè dispose nella legge 1 Cod. ***communia de legatis: in omnibus autem hujusmodi casibus in tantum, et hypothecaria unumquemque (sc. heredem) conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.***

Bartolo (6), Neguzanzio (7), Alciato (8) e Borsari (9) chiamano questa eccezione anomala e irregolare. Ella è certo più speciosa che vera. Perciocchè concediamo che sia ben diverso questo caso da quello d'un debito ipotecario lasciato dal defunto, che per l'indivisibilità connaturale al pegno colpisce qualunque coerede come possessore d'alcun stabile ereditario, in solido e non *pro rata* (10). A tutta prima appare che l'ipoteca

(1) Nella leg. 8 Dig. *de distract. pign.* La legge austriaca però condusse in ciò una deduzione più esatta, che non facessero le leggi romane; perocchè queste, come dissimo sotto il § LVI, non lasciavano la stessa libertà di esecuzione, che si ha per le nostre leggi. Elleno introdussero poi la previa escussione dell' ipoteca speciale sull' ipoteca generale: leg. 9. Cod. *de distract. pign.* Fabro, in Cod. lib, 8, tit. 6, def. 8. Voet, *de pign.* n. 15. Hotoman, in leg. 9, Cod. *de distract. pign.*

(2) Balduin, *de pign.* cap. 14.

(3) Leg. 2, Dig. *qui potiores in pignor.* leg. 6, Cod. eod. titul.

(4) Leg. 13, § 4, Dig. *de pignor. et hyp.* e Gordiano nella leg. 8, Cod. *de pignorib. et hyp.* M. Merlin, *de pign.* lib. 5. tit. 2, quæ. 59, n. 1-11. Hotoman, com. in dig. *de pignor.* Carpzovio, *process. jur.* tit. XXV art. 2, n. 1. 6.

(5) Leg. 10, Cod. *de obligat. et action.*

(6) Bartolo in d. leg. num. 3.

(7) Neguzanzio, *de pignor.* par. 2, m. 4, n. 160.

(8) Alciato in d. leg. 1, num. 29.

(9) Borsari, *Giurispr. ipot. discorso prelimin.* § XII, n. 5.

(10) Come viddero Neguzant. *de pign.* par. 8 mem. 1, n. 51, M. Merlin, *de pign.* lib. 3. tit. 1. quæ. 11. n. 88-89.

legale antica de' legatarj nascendo col presentarsi degli eredi, si costituisse come divisa per ogni singolo capo degli eredi. E difatti il defunto non avea quell' obbligo, ma incominciava questo negli eredi. Ma se si riflette che questa ipoteca legale, in qualunque tempo nasca, cade immediatamente sulla sostanza ereditaria, e non già sulla persona degli eredi (chè allora si confonderebbe l'ipoteca col debito personale del legato), e cade sulla sostanza ereditaria allorchè non è ancora divisa fra gli eredi: si vede tosto che ella perde ogni fisonomia caratteristica, e piuttosto conserva la natura dell'ipoteca volgare, di quella cioè che colpisce un fondo o più fondi, senza riguardo alle persone posseditrici. Giustiniano e i susseguenti prammatici non posero mente a questo importante riguardo: che gli eredi prima della divisione non divennero assoluti proprietarii delle singole cose ereditarie: ma che queste appartenendo ad essi indivisamente, appartenevano coll'obbligo ipotecario indiviso del legato. Il legato è una passività ereditaria, *delibatio hæreditatis;* acquistando l'ipoteca su tutta la sostanza ereditaria, per una concessione di legge, siccome esso assorbe e vince il diritto degli eredi, e si mette in opposizione ad esso: così viene a gravitare sulla massa ereditaria, non perchè egli provenga dal fatto degli eredi, ma perchè è in contemporanea ed originaria opposizione. Se invece della legge, fosse il giudice presidente alla ventilazione ereditaria, ovvero fossero tutti insieme gli eredi che costituissero al legatario un'ipoteca speciale sopra un fondo di compendio dell'eredità: questa ipoteca, se pervenisse nella divisione ad un solo de' coeredi, non rimarrà ella obbligata per tutto il legato? E perchè no? Il giudice e gli eredi tutti insieme potevano essi concedere una simile ipoteca? Niuno è che possa dubitare di ciò. E se fu concessa: perchè col postfatto della divisione potranno gli eredi residuare questa ipoteca al debito personale, alla quota del coerede assegnatario e possessore del fondo? Antonio Fabro (1) e Pietro Müller (2) volontieri il niegano. Ben è vero che nell'ipoteca legale antica era obbligata tutta la sostanza ereditaria, consistesse ella in istabili o in mobili (3): ma non è egli vero che colla disposizione giustinianea correa rischio il legatario di perdere quella porzione di legato, che corrispondesse ad una quota d'un erede che fosse stata pagata con danari ereditarii, e consumatala, si fosse colui reso insolvibile? Nel mentre che la rimanente sostanza stabile assegnata agli altri coeredi, si sarebbe sottratta al soddisfacimento di quella quota?

Riteniamo adunque che l'ipoteca del legatario, la quale nel nostro sistema fosse stata costituita per prenotazione giudiziale avanti la divisione dell'eredità, o per la volontà di tutti i coeredi, non soffre quell'eccezione; perchè quell'ipoteca sarebbe stata costituita su di un dato fondo o dal giudice, che potea prima della aggiudicazione supplire alla volontà degli

(1) Fabro, in Cod. lib. 6 tit. 23 def. 1.

(2) In notis a Struvio, Syntag jur. *qui potiores in pign.* thes XXXVIII. nota 3.

(3) D. leg. 1. Cod. *commun. de legat.*

eredi, o della rappresentanza di tutti i suoi comproprietarii. Quindi l'ipoteca legittimamente costituita su tutta la proprietà permane sul fondo, ad onta della successiva divisione ed assegno: come dissimo sotto il § XIII num. 13-15 parlando della proprietà sociale.

9. Non può il creditore addomandare con questa azione nulla più di quello che è contenuto nella nozione del suo diritto reale d'ipoteca. Avvegnachè promovendosi ella contro l'estraneo possessore che alcuna obbligazione personale non ha al pagamento del debito, ma solo vi è tenuto in quanto la sua proprietà, il suo fondo, vi è sottomesso a modo di obbligazione reale accessoria, la domanda del creditore non deve altro formulare se non questa stessa obbligazione reale accessoria; la quale nè si risolve nell'obbligo puro e semplice al pagamento, perchè non ci ha obbligazione personale (1), nè nell'obbligo reale puro e semplice di rilasciare il fondo ipotecato, perchè non si può venire alla esecuzione di questo, se non in difetto del pagamento. Ma il conchiuso di questa azione deve formularsi con ambedue le domande, espresse però in modo alternativo: cioè o pagare, o rilasciare il fondo: *ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent cedant*, siccome prescrissero Diocleziano e Massimiano nel luogo citato di sopra (2). Ugualmente Marciano formulava l'obbligo del possessore convenuto con questa azione dicendo: *aut pecuniam solvat, aut rem restituat* (3).

Ma, come notammo in principio del § LV, e vedremo meglio nel seguente § LVIII, questo rilascio non si fa direttamente dal possessore al creditore, come nel Diritto romano (4), o dal possessore in cancelleria presso il giudice, come nel Diritto francese (5). Per il Diritto austriaco non si derogò alle forme generali di ogni esecuzione, come vedremo in avanti: colla sola differenza richiesta dalla natura del Diritto ipotecario, che l'esecuzione di questo si limita, in confronto al terzo possessore, esclusivamente al fondo ipotecato. Quindi si può concludere in questo modo: dovere il reo convenuto o pagare tutto il debito; ovvero rilasciare il fondo ipotecato all'esecuzione giudiziale (6); o meglio in questo altro modo:

(1) Così anche e con molta dottrina Troplong, *des priv. et hyp.* num. 782, 785. Vedasi sotto il § LXVI, n. 7 confutata una contraria opinione di Schuster riguardo all'acquirente del fondo per donazione.

(2) Leg. 2. Cod. *si unus ex plurib. hered.*

(3) Leg. 16 § 3. Dig. *de pignorib. et hyp.* Troplong. n. 785, confuta con ragione l'opinione di Grenier, *hyp.* n. 340. Ma non adottiamo la sua critica sulla obbligazione alternativa.

(4) Balduin, *de pignor.* cap. 14. Negozan. *de pign.* par. 8. mem. 3, n. 24. Menochio, *de arbitr. jud. sent.* lib. 1, quæ 5, n. 7. Donello, *de pign.* cap. 9. in med. Oinotomo, *Institut.* § *item serviana.* n. 90. *de actionib.* Mynsinger, *Institut.* eodem, num. 48.

(5) Vedasi nel § seguente LVIII, n. 3, di questo rilascio in cancelleria.

(6) Conchiuso adottato da Winiwarter, al § 466. vol. 2. § 153, Ellinger, *Man. del Dir. civ. aust.* § 466. Però nel § ult. della Notif. gov. 27 ott. 1820 parrebbe conservata la formula del rilascio, dicendovisi: ".... quegli che avrà acquistato stragiudizialmente un bene immobile, sarà obbligato a senso del § 466 del Cod. civ. univ. o di pagare tutti i crediti inscritti entro i termini stabiliti nei documenti riportati nei registri delle ipoteche, oppure di *rilasciare* ai creditori, a di cui favore furono prese le inscrizioni, il bene acquistato, in pagamento dei loro crediti.

dovere il reo convenuto rilasciare all' esecuzione giudiziale il fondo ipotecato, fino al pagamento della somma capitale ed accessori dovuta per il tal titolo.

Analogamente avrebbe conchiuso Nippel; perciocchè scrisse: il creditore non ha diritto di chiedere dal proprietario del pegno l' assoluto pagamento, ma deve nella sua petizione limitare la sua domanda a ciò che il proprietario sia in obbligo di permettere che la cosa sottoposta a pegno venga giudizialmente subastata, ed egli creditore ottenga sul prezzo da ritrarsene il proprio soddisfacimento (1).

Avverta poi l'attore di designare esattamente nel conchiuso di questa sua azione, il fondo, sul quale intende di chiedere l'esecuzione in difetto del pagamento. Perciocchè omettendo quelle indicazioni che fossero necessarie a dimostrare l'identità del fondo ipotecato, e a differenziarlo da altri fondi finitimi, o posseduti egualmente dallo stesso convenuto, contravverrebbe al precetto generale del § 7 del vigente Regolamento giudiziario, ove si dice che l' attore nella petizione debba spiegare la sua domanda colla possibile precisione. Nè si potrebbe dire preciso quel conchiuso, ove l'oggetto appetito non si potesse convenientemente distinguere e determinare. In proposito di che valga l' argomento che desumiamo dal § 370 del Codice civile, nel quale si dispone che quegli il quale giudizialmente ripete una cosa mobile, debba indicarne tali contrassegni, pei quali la medesima si distingua da tutte le simili cose di eguale specie. Questa designazione poi deve essere fatta con quelle stesse indicazioni, che nel seguente § LIX vedremo dover praticare il creditore, quando in seguito a questa azione ipotecaria chiedesse al giudice il pignoramento dello stabile, e lo facesse inscrivere nei registri delle ipoteche: perchè ivi pel § 418 del Regolamento giudiziario si prescrive che in questo atto del pignoramento *sia precisata l'identità del fondo.* Nè si dica che l'attore può aspettare a precisare l'immobile ipotecato in questo libello, ove domanda il pignoramento. Perciocchè egli nol potrebbe allora, se prima nella stessa sentenza, che pronuncia l'esecuzione ipotecaria, non fosse stato a sufficienza determinato. Il giudice nell'esecuzione d'una sentenza non potrebbe mutare una sillaba in riguardo all' oggetto cui essa si riferisse. Se la sentenza pronunciasse l'esecutibilità del fondo A, non potria il giudice accordare per essa l'esecuzione sul fondo B; perchè allora non si potria dire che sia mandata ad esecuzione quella sentenza, ma sibbene un' altra od un' arbitraria decisione.

La petizione ipotecaria, come azione reale sugli immobili, dev' essere presentata al foro reale. Questi sono i precisi termini della novella Norma di giurisdizione (2), agl'art. 49 e 50: « le petizioni aventi per oggetto un diritto reale sopra un bene immobile possono prodursi soltanto a

(1) Nippel, *Comento* al § 466. n. 2. Cod. civ. aust.

(2) Pubblicata colla Patente imperiale 20 novembre 1852.

quella pretura, e riguardo agli stabili situati nella periferia delle città ove risiedono tribunali provinciali, a quel tribunale provinciale nel cui circondario è situato l'immobile, senza riguardo alla persona di chi li possiede. Se la petizione reale ha per oggetto più beni immobili situati nel circondario di più giudizii, ma nella stessa provincia, essa potrà prodursi a quel tribunale provinciale, il cui circondario comprende quello di questi giudizii, quando l'attore non prescielga di produrre le petizioni riguardo ai singoli immobili alle competenti preture. Se i beni immobili sono situati nel circondario di più tribunali provinciali, si produrrà la petizione a quel tribunale provinciale a cui ne è soggetta la parte maggiore; ed essendo dubbio anche questo, l'attore ha libera la scelta del tribunale provinciale a cui rivolgersi. »

10. Cosa deve dedurre e provare il creditore, e cosa può eccepire il possessore convenuto in quest'azione? Il creditore dee dedurre il diritto ipotecario, sul quale fonda la sua intenzione di attore, e dee provarne la legittimità per la massima volgare consecrata in ogni legislazione: *actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat*, *obtinebit* (1).

Vedemmo col § XLVIII in qual modo si debba e si possa provare questo diritto secondo il sistema che vige in queste provincie: e la differenza notabile che esiste in proposito tra il sistema vigente e il tavolare, cui allude il nostro Codice civile. Rimandando perciò il lettore a quel luogo, solo qui esamineremo le discordanze della pratica giurisprudenza, affine di comporle colle premesse teorie.

Il creditore in confronto al possessore in quest'azione deve provare la legittimità dell'ipoteca (2); alla quale non basta che si produca l'inscrizione, ma deve sulle impugnative del convenuto essere constatata in ciascuno degli elementi che la compongono.

Deve il creditore provare la sussistenza e la liquidità del credito, al quale è accessoria l'ipoteca.

La contraria opinione sembra essere stata abbracciata dai tribunali veneti nel caso seguente (3). Rachele costituiva nel 1787 un'ipoteca generale sui beni di suo marito per garanzia della sua dote: e quindi anche su di un fondo che pervenne a Luigi. Inscritta e specializzata quell'ipoteca, morì colei, e l'eredità sua fu aggiudicata al figlio Gerolamo. Nell'anno 1830 il padre pagò al figlio erede tre quarti del debito dotale, e si confessò debitore del residuo quarto, riservandosi l'usufrutto. Nel 1844 il figlio divenne erede beneficiario anche del padre, e non potendo realizzare quel suo credito residuo, agì ipotecariamente contro il possessore Luigi. Oppose questi non esser liquido il credito ipotecato. La Pre-

(1) Leg. 4. Cod. *de edendo*.

(2) § XLVIII, num. 2. Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1672 e 1720.

(3) Giorn. di giurispr. prat. di Venezia, an. 4, 1851, num. 15.

tura di... colla sentenza 20 luglio 1850 accolse l'azione, e respinse l'eccezione con dire: la liquidità del credito presumersi col fatto dell'inscrizione ipotecaria, la quale suppone un titolo creditorio valido, finchè non fosse cancellata. L'Appello veneto confermò quel giudicato, ma senza soggiungere il perchè. In fondo si dovea decidere veramente così, perchè il convenuto non poteva eccepire sulla liquidità d'un credito che appariva dall'atto costitutivo di dote rogato nell' istromento notarile 23 ottobre 1787, e confermato dal debitore con un altro atto autentico 3 maggio 1830. Ma se la quistione di fatto potea condurre a quella conclusione, non era egualmente attendibile la quistione di diritto: quella tesi che l'inscrizione stabilisca una presunzione *juris* del debito inscritto non si può affermare nel nostro gius ipotecario. Ella è esclusiva al sistema tavolare.

Ed in più luoghi vedemmo qual profonda diversità esista tra il sistema tavolare austriaco e il nostro (1); perciocchè nemmeno l'inscrizione tavolare prima dell'usucapione triennale non introduce ancora la presunzione *juris* della legittimità del credito inscritto, ma questo si deve giustificare dal creditore coll' esibirne il titolo apposito. L'inscrizione introduce la presunzione in prò dei terzi, che quel credito prima della cancellazione si sia conservato: questo è il contenuto del § 469 del Codice civile; ma ella è questa una ricerca estranea al presente argomento. Noi domandiamo se il creditore pel sistema tavolare debba documentare il suo credito altrimenti che coll'inscrizione; e prescindendo dall'usucapione triennale, che è pure specialissima al sistemare tavolare, noi diciamo francamente di no, per le ragioni che abbiamo fatto valere nel superiore § XLVIII. Quindi con Nippel induciamo: dovere il creditore in confronto del possessore provare la sussistenza del credito e rispondere a tutte le eccezioni che a lui interessano. E l'illustre comentatore soggiunge ancora più, che se il creditore avesse ottenuta sentenza di liquidità del credito contro il debitore, non sarebbe esentuato tuttavia dal provare la liquidità stessa *ex novo* contro il terzo possessore, perchè la cosa giudicata con altri non può avere esecuzione contro l'estraneo (2).

Per raccomandare meglio quest' ultima conclusione ricordiamo la dottrina da noi esposta in fine al § XIV (n. 18), ove dissimo che la risoluzione del dominio e quindi la risoluzione delle ipoteche non si possa opporre ai creditori ipotecarii, se essa non fu trattata e pronunciata a cose intatte in loro particolare confronto. L' analogia dei due ordini di casi è invincibile. Tanto nell'uno i creditori, che nell'altro il possessore, non devono sentire un pregiudizio per un giudicato posteriore al loro gius quesito, nel quale non intervennero punto a difendere le proprie

(1) Introduzione, num. XXIV, vol. 1, pag. 68, § XLVIII, num. 3, e seg. § LI, num. 1, vol. 2, pag. 69 e 119.

(2) Nippel. *comento* al § 466 num. 4, Cod. civ. austr.

ragioni. Il possessore è tenuto all'ipoteca se ed in quanto sia valida, cioè preesistente al suo acquisto. La sentenza posteriore a questo fatto è efficace per le persone tralle quali fu pronunciata, e non in riguardo al possessore che non vi fu parte: e al quale o la contumacia o la negligenza, o peggio ancora la collusione del debitore non deve nuocere. Valga per conforto di questa conclusione la regola predicata da quel grave giureconsulto piacentino, che fu Paolo Politi: *quod confessiones, declarationes, et actus cujuscumque generis, sive judicialiter, sive extrajudicialiter per venditorem facti, factæque respective, neutiquam præjudicare possunt emptori habenti jus primævum et radicatum* (1). Così pure Mattei distingue nettamente l'interesse del debitore da quello del possessore, ed assevera che questi può trincerarsi nei limiti originarii del titolo creditorio, e rifiutarsi a qualunque estensione che si volesse attribuirgli, anche consenziente il debitore (2).

Colla dottrina da noi sviluppata nel § XLVIII può il possessore rivocare a novello esame la veracità e legittimità del titolo costitutivo dell'Ipoteca. Può ancora eccepire sulla proprietà dell'autore dell'ipoteca, nei termini e coi riguardi che abbiamo considerati nel superiore § XV, circa la proprietà futura e la replica di dolo. Carozzi conviene nella massima generale che l'azione ipotecaria *implicitam habet dominii quæstionem* (3).

Deve infine il creditore ribattere tutte le eccezioni che il possessore potrebbe accampare sulla regolarità dell'Inscrizione e delle sue rinnovazioni, come vedemmo sotto i §§ XXII e seguenti, e sotto il § XLIX.

11. Parlando degli estremi richiesti per l'efficacia dell'azione reale ipotecaria, non dicemmo d'un importante requisito, quale è quello, che il creditore avverta ed affermi in giudizio che il reo convenuto possieda in quel tempo il fondo, che ei dice ipotecato. Senza di che vana ed illusoria riescirebbe l'azione in confronto del vero possessore. E ce lo disse Marciano: *in vindicatione pignoris quæritur an res, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. Nam si non possideat, nec dolo fecerit quominus possideat, absolvi debet* (4). Il creditore dee adunque avere attenzione a ciò, se non vuole perdere il tempo e le spese. Avvegnachè Bartolo avria notato in margine alla stessa legge: *sententia lata contra unum, non potest mandari executioni contra alium, sed debet iterum agi hypothecaria* (5). Si guardi soprattutto dalle false apparenze: come se egli convenisse il colono o l'amministratore, in luogo del possessore civile: il possessore di fatto in luogo del possessore *animo domini* (6). Così un creditore, avente ipoteca sul dominio nudo, badi bene di non

(1) Politi, *dissert. select. de judiciis.* diss. 19, n. 5.

(2) Mattei, al § 445, n. 6, Cod. civ. austr.

(3) Carozzi, *giurispr. del Cod. austr.* vol. 9, cap. 2, n. 10,

(4) Leg. 16 § 3. Dig. *de pignor. et hyp.*

(5) Bartolo in d. l. 16. § 5. Neguzanzio, *de pignor.* par. 8. mem. 1, num. 45.

(6) Troplong. *des priv. ed hyp.* num. 777. ter. e 784 bis.

esercitarla sull'usufruttuario, e viceversa (1). Se il proprietario dopo vincolata all'ipoteca avesse divisa la proprietà alienandone la parte diretta o l'utile, o avesse concesso un usufrutto od altra passività reale, il creditore può e deve chiamar in causa tutte le persone che rappresentano la somma della proprietà come era piena in origine, altrimenti o il direttario, o l'utilista o l'usufruttario non citati in causa potrieno opporsi all'esecuzione (2).

Dalla sopraccennata legge di Marciano risulta come nel Diritto antico il possessore non si potesse esonerare dall'azione ipotecaria vendendo il fondo in pendenza del giudizio. Ma se egli avesse con dolo alienato il fondo, il creditore era ammesso a giurare estimatoriamente il proprio danno, e l'impetito veniva condannato a pagare la somma giurata: *Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in cæteris in rem actionibus* (3). E insieme Ulpiano: *si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit æstimanda* (4).

Ebbe ragione Marciano di dire: *sicut in cæteris in rem actionibus*; poichè questa stessa disposizione ci ha nel caso dell'azione vendicatoria e petitoria in genere, come ci attesta Gaio: *qui petitorio judicio utitur* NE FRUSTRA EXPERIATUR *requirere debet an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere. Qui in rem convenitur, etiam culpæ nomine condemnatur* (5).

Questa dottrina fu conservata nella tradizione successiva, e insegnata dalla commune degli scrittori (6).

È ella applicabile questa dottrina nel vigente Diritto austriaco? Il Codice civile nel § 378 si uniforma al Diritto romano in ciò che riguarda il possessore convenuto coll'azione vendicatoria. « Quegli che possedeva una cosa, vi si legge, e dopo l'intimatagli petizione ha lasciato di possederla per fatto proprio, deve ricuperarla per l'attore a proprie spese, o risarcirgliene il valore straordinario, a meno che l'attore prescelga di rivolgersi contro l'attual detentore ». Ella è però alquanto dubbia l'applicazione di questa decisione al caso nostro, poichè nella vendicatoria il detentore appena intimatagli la petizione conobbe, o dovette conoscere, o almeno sospettare di non essere egli proprietario, di non essere possessor civile *animo domini*. Nell'azione ipotecaria invece, comunque ri-

(1) Mattei, al § 466, n. 4. Cod. civ. austr. Troplong, ibid. n. 784, bis.

(2) Merlin, *Repertoir.* V. *hypothèqu.* sect. 1. § 10, num. 2. Foramiti, *Enciclop. legale*, V. *ipoteca*, tom. 3, pag. 173.

(3) D. l. 16 § 3. Dig. *de pignor.*

(4) Leg. 21, § 3. Dig. *de pignoribus.*

(5) Leg. 36. Dig. *de rei vindication.*

(6) Bartolo, Salyceto, e i commentatori alla sudd. leg. 16, *si fundus*. § *in vindication.* Dig. *de pignorib.* Neguzant. *de pignor* par. 8. mem. 2. num. 2, M. Merlin. *de pign.* lib. 5, tit. 2, quæ 61. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 6. def. 4. Donello, *de pignor*, cap. 9. in fine, Balduin. *de pignor.* 6. cap. 14. Carpano, *Stat. Mediol.* tom. 1. cap. 68, n. 45. Richeri, *Jurispr.* vol. 9. § 1717. Müller *in notis* a Struvio, *Syntag. jur. qui potiores. in pign.* thes. 38. not. 4, Voel, *in pand, qui potiores in pign.* num. 7.

conoscesse la esistenza e l'efficacia dell'ipoteca inscritta, non cessava nulladimeno d'essere proprietario. Tuttavia a questa obbiezione si può rispondere: rimaneva egli proprietario finchè o egli stesso, o il debitore od altri pagasse il debito: ma promossa una siffatta azione, ed alienando egli il fondo obbligato, disponeva d'una proprietà che gli svaniva per le mani: offendeva un diritto che avea cominciato, realizzandosi coll'azione a spodestarlo del suo libero dominio, e impedendogli la legge la libertà nel momento appunto, che sotto l'autorità del giudice un diritto superiore veniva a sorprenderla, a vincerla, a sovraporsi, avrebbe affrettato l'opera della giustizia , impedito delle maliziose tergiversazioni, protetto la maestà dei giudizii contro quel reo, pel quale sulle XII tavole stava inciso: *si calvitur pedemve struit, manus endo jacito.* (1) È per questa ragione che il § 278 del Regolamento giudiziario stabilisce in termini generali, che ponno legittimare l'affermativa della nostra tesi: se alcuno... avrà alienato o pure lasciato perire o deteriorarsi una cosa, sapendo appartenere la medesima ad un terzo, *o essere da un terzo pretesa*; se al tempo prefinito non avrà consegnato, rimesso o eseguito *ciò che avesse saputo essere suo obbligo di consegnare, rimettere* od eseguire, in questi casi si dovrà ammettere l' avversario a giurare il proprio danno, il di cui importo dovrà da esso previamente determinarsi con precisione.

Può ancora da taluno replicarsi: non essere tenuto il possessore ad alcun obbligo personale; ma a ciò avea già riposto Saliceto: essere egli obbligato alla restituzione del fondo ipotecato (2). D' altronde i termini di quest'ultima nostra legge, per la generalità loro sono abbastanza concludenti, poichè egli sapea che il creditore pretendeva di torre a lui il possesso e la proprietà, sebbene condizionatamente all' insolvenza del debito. Il possessore non ha pagato, e nessun altro in sua vece: dunque la sua cosa era pretesa senz'altro: dunque egli ha contravvenuto alla legge, ed è sottoposto alle conseguenze del suo fatto, ed alle rigorose sanzioni di quella.

12. Troplong in seguito a Grenier disse che oggidì per essere pubblica l'ipoteca, non fa più di mestieri che si convenga in giudizio il terzo possessore coll' antica azione ipotecaria, ma che a termini dell'articolo 2169 del lor Codice civile qualunque creditore ipotecario ha diritto di far vendere a carico di quello l'immobile ipotecato, trenta giorni dopo l'ordine ingiunto al debitore originario, e dopo l'intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito già esigibile, o di rilasciare il fondo,

(1) Leg. 2. § 3. Dig. *si quis cautionib*

(2) Salyceto, in d. leg. 16. § *in vendition.* Così pure opinano Delvincourt. *Droit civ* tom. 3. pag. 379, nota 7. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 785.

E soggiunge poi che sarebbe inutile affatto di aprire un giudizio per agire nella via esecutiva contro i terzi detentori (1).

Questa decisione, comunque sembri esatta per la legge positiva francese, non crediamo essere attendibile e in ordine di ragione, e a termine delle leggi, se si ha riguardo alla natura del sistema ipotecario francese e nostro. Pone Troplong la ragione della differenza tra l'antico e il moderno nella pubblicità dell'ipoteca. Ma noi vedemmo nel superiore § XLVIII, a cosa si riduca la pubblicità francese. Ella non serve propriamente ad altro che ad escludere quei crediti che non appajono inscritti (eccetto le ipoteche legali delle donne e de' minori). L'inscrizione per sè stessa non è prova dell'esistenza di una valida ipoteca; non prova il credito, perchè le convenzioni e le sentenze proferite tra persone terze non gli possono togliere le eccezioni che potria avere in pronto. L'ipoteca inscritta può essere manchevole nella proprietà, e nel titolo e nell'inscrizione stessa: il procedimento stesso dell'azione ipotecaria, sia che consista in una regolare azione, o nella spiccia intimazione esecutiva, può essere nullo per non provarsi il possesso nel convenuto, l'identità del fondo ipotecato e del fondo posseduto.

Ma può forse sostenersi quell'opinione sotto quest'altro aspetto, cioè dell'esecutibilità de' documenti notarili, in base ai quali fu presa l'inscrizione? Quando ci ha un documento pubblico sul credito, un documento pubblico sul titolo ipotecario, un documento pubblico dell'inscrizione (e tale è certo la nota ipotecaria certificata dal conservatore), potrà invocarsi l'immediata esecuzione contro il terzo possessore?

Questa ricerca interessa alla pratica nostra in seguito alla Ordinanza imperiale 21 maggio 1855, che accordò l'immediata esecuzione ai documenti notarili. Però per l'art. 2 della medesima si può con molta persuasione rifiutare come inapplicabile quella procedura contro il terzo possessore estraneo al debito ipotecario. « Ove l'attore, sono le sue letterali espressioni, ove l'attore o il reo convenuto *non sia la persona che apparisce nell'atto notarile* come creditore o debitore, ma sia sottentrato per rapporti giuridici che non emergono dall'atto stesso a chi originariamente avea il diritto o l'obbligo, ovvero le procure unite all'atto notarile, o gli altri allegati necessarii a provare il credito non abbiano la forza di atto notarile (§ 57 del Regolamento sul notariato), o finalmente *l'obbligazione del reo convenuto dipenda sotto altro rapporto dalla prova di fatti non compresi nell'atto notarile,* in questi casi si potrà emettere il precetto di pagamento, sotto comminatoria della esecuzione, soltanto allorchè tali fatti sieno provati mediante altri documenti pubblici presentati in originale ».

Questa legge avria dovuto essere più esplicita al caso proposto, se fosse

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 779. bis. Grenier, *hyp.* n. 339, 340.

stata limitata alle provincie lombardo venete (1); ma ella fu promulgata anche nei paesi ove ci ha il sistema tavolare; e perciò diede a supporre che in qualche caso a questa procedura esecutiva si potesse dar di mano contro il terzo possessore. Mollo diversa può riescire l'applicazione di essa secondo il sistema tavolare germanico, o l'ipotecario italiano. Nell'uno l'obbligazione ipotecaria del possessore non può essere provata in tutti i suoi elementi costitutivi con atti pubblici o notarili: nell'altro lo si può agevolmente. Secondo il nostro sistema si può provare il debito principale, ma null'altro: e provato il solo debito principale non è provata l'ipoteca, che suppone il titolo, la proprietà del costituente e l'inscrizione, e non è provato nemmeno l'attuale possesso del possessore, come dissimo or ora. Nel sistema tavolare invece oltre la prova del debito esibita coll'apposito suo documento notarile, col solo certificato tavolare si prova il titolo costitutivo, la proprietà del costituente, la legittimità dell'inscrizione, e l'attuale possesso o intestazione tavolare del possesso.

Dovendo la legge contemplare la coesistenza di quelle diverse instituzioni, si espresse abbastanza felicemente; e noi con questo rimarco differenziale possiamo stabilire la proposta conclusione; poichè nell'attuale nostro reggime ipotecario non può il creditore provare tutti gli estremi necessarii all'azione ipotecaria. S'egli producesse col documento notarile del credito e del titolo ipotecario anche la nota dell'inscrizione e i documenti notarili provanti la trasmissione della proprietà dal costituente all'odierno possessore, non proverebbe ancora indubbiamente nè la legittimità del titolo nè la proprietà del costituente, nè la legittimità dell'inscrizione, nè la verità di fatto o di diritto dell'attuale possesso del reo. Nella trattazione del § XLVIII, dal quale togliamo a prestito questa deduzione, vedemmo come in questo riguardo il sistema ipotecario francese e nostro non fosse punto differente da quello del Diritto comune: e con ciò constatiamo come gli antichi non concessero l'esecutività degli istromenti guarentigiati contro il terzo possessore. Valga ad esempio ciò che attesta Benedetto Carpzovio (2) della consuetudine di Sassonia non solo, ma degli paesi: *sed alia est ratio successoris singularis, ac tertii possessoris, puta emptoris, donatarii, legatarii etc. contra quem creditor ex instrumento liquido executive agere nequit* (3). *Singularis enim successor, vel tertius possessor executive ex instrumento sui antecessoris conventus, mox respondit: non sum nominatus in instrumento. Quæ exceptio impedit paratam executionem, scilicet quia intervenit factum translationis ad tertium possessorem; quod, quia exactiori innitur demonstrationi, in processu ordinario ventilari debet* (4).... *Ex*

(1) Ma ella fu promulgata in altri dominii, nei quali fu promulgato il Regolamento sul notariato 11 maggio 1855: vedi l'esordio della stessa Ordinanza imperiale.

(2) Bened. Carpzov. *process. jur.* tit. 22, § VIII, num. 59-64.

(3) E cita Bartolo, Baldo, Saliceto, Colerio, Nicola Boerio e Berlichio.

(4) Secondo Felino, Dumoulin, e Colerio ivi citati.

quo etiam in foro Saxonico, et provinciis Electoratus statutum paratæ executionis ex instrumento liquido et guarentigiato ad debitoris personam adstrictum est. Neminem utique alium, quam debitorem, ejusque heredes personam suam repræsentantes, obligare poterit. E quindi conchiude in ispecie contro il terzo possessore: *ergo nec contra possessorem hypothecæ, qui et ipse est tertius possessor* (1).

13. Ci resta ad esaminare l'azione ipotecaria commista della reale e della personale, partecipante della natura d'amendue insieme. Dicemmo essere possibile quest'azione quando il creditore volesse esercitare il suo diritto ipotecario contro le persone che hanno l'obbligazione personale in tutto o in parte al pagamento del debito, e nello stesso tempo possiedono il fondo obbligato all'ipoteca del debito medesimo. Varie contingenze possono darsi, nelle quali si domanda se ad ambedue, ovvero solamente ad una di esse sia ognora aperto l'adito dei giudizii.

Può accadere che la persona obbligata a tutto il debito ipotecario possieda il fondo o tutti i fondi vincolati per esso. Può accadere che il possessore del fondo ipotecato sia obbligato personalmente per una frazione soltanto, e si faccia astrazione dagli altri condebitori personali. Può da ultimo accadere che interessi al creditore di citare nello stesso giudizio e il debitore personale non possessore, e il possessore del fondo non obbligato colla persona.

In ciascuna di queste tre contingenze dobbiamo esaminare quanto sia compatibile l'unione delle due azioni di tanto diversa natura: porre attenzione agli ostacoli, che quest'azione mista può incontrare nell'eccezione del cumulo di più oggetti litigiosi; vedere la efficienza del principio dell'indivisibilità dell'ipoteca, discernere il foro competente, curare l'esatta osservanza de' modi di deduzione, ossia gli estremi da provarsi dall'attore.

14. Può ella proporsi quest'azione mista secondo le leggi austriache? Degli Sforza risponde risolutamente di no, per la semplice ragione che il creditore non vi avrebbe interesse alcuno; e per questa medesima ragione niega persino che il creditore possa esercitare l'azione ipotecaria semplice (2). Eppure il creditore può trarre un vantaggio rilevantissimo da questa elezione. Perciocchè gli può interessare di molto lo scegliere piuttosto il foro reale che il personale. Questa ragione non fu veduta da quello scrittore, e non vedendola non è a stupire ch'egli avesse aggiunto che l'azione ipotecaria semplice e l'ipoteca stessa non avesse alcuna pratica utilità nei rapporti tra il creditore e il debitore.

Ora domandiamo a noi stessi: può egli il creditore accumulare l'azione reale e l'azione personale al foro reale, e ottenere l'esecuzione generale

(1) Carpzov. *Proc. jur. Sax.* tit. 2, § VIII num. 75-78.

(2) Degli Sforza, *Dir. di pegno*, cap. XI, § 38, pag. 258-262.

procedente dall'azione personale? Suppongasi che il debitore abitasse in un luogo diverso dal foro reale, che l'immobile ipotecato non bastasse all'indennità del creditore, e che in luoghi diversi da quello del foro reale possedesse altri beni mobili od immobili suscettivi di utile esecuzione. Se il creditore desse mano soltanto all'azione reale non potria esecutare che il fondo ipotecato da designarsi con precisione nel suo libello, come dissimo di sopra (num. 9 di questo §). Per esecutare gli altri beni del debitore dovrebbe spiegare l'azione personale, come quella che produce l'effetto di poter addivenire all'esecuzione generale (§ LVI). Ma per promuovere quest'azione dovrebbe scegliere il foro personale (§ LV num. 6). Al creditore adunque, che promovesse insieme queste due azioni in un sol libello, e dinnanzi al foro reale, osterebbero queste due eccezioni: la declinatoria del foro per riguardo all'azione personale; l'eccezione per il cumulo di più oggetti litigiosi, secondo il prescritto del § 4 del Regolamento giudiziario.

Malgrado però queste eccezioni il § 55 della Norma di giurisdizione, pubblicata colla sovrana Patente 20 novembre 1852, espressamente concede questo nostro postulato. « Le petizioni, vi si legge, pel pagamento di un credito assicurato con diritto di pegno sopra un immobile e così pure le petizioni per giustificare l'ottenuta prenotazione sopra un immobile, debbono prodursi sia al giudizio competente secondo il domicilio del reo convenuto, sia al giudizio a cui il reo convenuto sarebbe sottoposto, se avesse il proprio domicilio sul bene immobile ».

Osserviamo tuttavia e prima di tutto che la legge non dice propriamente che il creditore possa spiegare l'azione reale, o adire il foro reale: ma permette che si citi il debitore come se avesse il domicilio sul bene immobile ipotecato. Questa legge non è che una riproduzione dell'aulico Decreto 8 ottobre 1819, da noi citato nel num. 2 del § XLI, che allegava questa ragione: all'oggetto di agevolare ai creditori la realizzazione dei loro diritti assicurati sopra beni immobili contro debitori assenti, e di allontanare ogni difficoltà nell'esazione del credito, anche nel caso di mutamento del domicilio e del foro ordinario del possessore dell'ipoteca, viene concesso ecc. Per questa ragione pratica, e in termini puramente pratici la legge permette di convenire il debitore presso il giudice *personale del luogo*, ove è situato l'immobile ipotecato. Ella ha confuso in un solo i due concetti opposti di *foro personale* che si desume dal vero domicilio, e di *foro reale* che è nel luogo ove giace la cosa: e da questa composizione trasse una terza specie di foro che non è nè l'uno nè l'altro, ma un foro composto dell'uno e dell'altro; è una transazione tra l'uno e l'altro, da cui risulta che il debitore s'intende come domiciliato personalmente nel luogo dell'immobile. Per il che si ottiene il beneficio del foro reale, potendosi convenire il debitore nel luogo dell'immobile ipotecato, e nello stesso tempo si può addivenire all'esecuzione generale, perchè dicendo la legge che quello sia un foro personale, sebbene fitti-

zio, suppone che l'azione promossa abbia gli attributi e i beneficii di qualunque altra azione personale.

Praticamente adunque quelle due obbiezioni sono risolte.

Ma questo argomento non è di esclusiva attualità di questa nuovissima legge. Anche presso l'anteriore giurisprudenza si avea una consimile soluzione: in quanto che all'eccezione del cumulo di più oggetti litigiosi rispondevasi che il diritto ipotecario, come causa unica, comprendeva nella sua essenza ambedue quelle azioni, la reale e la personale cumulativamente: e questa azione mista, come osservò Fabro, *ad eundem finem dirigitur* (1). Per questo motivo non esitavano gli antichi nel concedere quest'azione mista, ossia ambedue quelle azioni insieme: tanto più che questa emergenza era stabilita nettamente nella Novella IV, cap. 2, colle parole: *contra principales tamen* (*scil. debitores*) *et existentes apud eos res* (*sive personalibus, sive hypothecariis mox*, SIVE AMBABUS, UTI VOLUERIT), *omnem ei damus licentiam*. Laonde la comune dei giureconsulti con Mercuriale Merlino poneano: *infertur propterea ex supradictis creditori adversus debitorem duplicem actionem competere, personalem et realem, quia hypothecaria est accessoria in actione personali, et concurrit cum ea* (2). E ciò che si disse del debitore originario si disse, e diciamo pur noi in riguardo al di lui erede possessore del fondo ipotecato (3), perchè questi in riguardo al debito personale rappresenta il defunto. E si dica pure lo stesso in riguardo a quel terzo possessore che avesse assunto il debito personale; *quia contra accollatarium procedi potest, prout si a principio accessisset et contraxisset:* parole dello stesso Merlino (4).

15. Per godere del beneficio conceduto dal § 53 della succitata Norma di giurisdizione deve il creditore provare che l'immobile è ipotecato. S'egli non potesse provare altro che la verità del suo credito, non riescirebbe a sufficienza, e potrebbe essere rimandato al foro personale ordinario.

Questa conclusione vale in riguardo e al debitore, e al suo erede, e al possessore cui fu fatta la delegazione del debito inscritto. In confronto del debitore gli antichi interpreti convengono in ciò che basti di provare che egli possieda il fondo ipotecato, e che avesse costituita l'ipoteca (5), senza provare nè il credito che è supposto dalla costituzione dell'ipote-

(1) Fabro, *in Cod.* lib. 8, tit. 6, def. 22. Voet, *in pand.* tit. *de edendo*, num. 14. Richeri, *Jurispr.*, vol. 9. § 1725.

(2) M. Merlin. *de pignor.* lib. 1, tit. 1, quæ. 10, num. 25, lib. 5, tit. 2, quæ. 60, n. 1. In queste conclusioni convennero Baldo, in leg. *edita*. Cod. *de edendo*, et ibid, n. 77. Decio; Neguzant. *de pignor.* par. 8, mem. 1, n. 9, e mem. 3, n. 1. Fachineo, *controv.* lib. 12, cap. 2. per tot. Menech. *de adipisc. possess* remed. 3, n. 9, Hotoman, *in Dig. de pignor.*

(3) Cujacc. *Observat.* 5. cap. 32, Zoesie, *in Dig.* tit. *quib. mod. pign. solv.* num. 4.

(4) M. Merlin, *de pignor.* lib. 5, quæ. 5, num. 1.

(5) Neguzanzio, *de pignor.* par, 8. mem. 3. num. 22. Adamo Struvio, *Syntagm. jur, qui potiores in pign.* thes. 37, Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1672. Menocchio, *de adipisc. poss* Remod. 3. num. 9.

ca (1), nè il dominio, perciocchè anche nell'ipotesi che avesse ipotecato la proprietà altrui, egli debitore costituente non potrebbe eccepire di ciò, perchè gli si può replicare opponendogli e il fatto suo d'aver egli costituita l'ipoteca, ed anche il dolo se con essa avesse ingannato il creditore (2). Dovrà questi guarentire la legalità dell'inscrizione? Non ci sembra, perchè come dissimo parecchie volte (3), l'inscrizione non è necessaria se non nell'interesse de' terzi. Fra i contraenti basta la sola convenzione.

Nè osta a tutte queste conclusioni che l'attore, iscegliendo l'azione reale e procedendo nel foro reale, debba, provando l'intenzione sua, provare la sussistenza della sua ipoteca come diritto reale risultante dal credito, dal titolo, dal dominio, e dall'inscrizione. Perciocchè agendosi contro il debitore, a questa prova molteplice si supplisce con una prova che diremo presuntiva, ossia il creditore è esentuato da quelle circostanziate allegazioni, provando il solo titolo: per questa ragione, che il debitore, qualunque eccezione opponesse sulla verità degli altri requisiti, sussistendo il titolo, non potrebbe superare la replica del fatto o del dolo. Riconoscendo egli o essendo convinto d'avere concesso un titolo ipotecario, tutte le altre condizioni sono implicitamente affermate: perciocchè l'ipoteca è un gius che emana dal suo titolo, e riceve da esso una forma sufficiente: l'attore ha provato sufficientemente il suo diritto e la sua intenzione: tutte le altre eccezioni per essere ammesse devono essere provate dal convenuto. *Actore non probante reus absolvitur:* ma provando l'attore il suo diritto, *reus in exceptione fit actor*; spetterà quindi a lui di provare che non vi ha un debito. E se provasse che all'atto che costituiva l'ipoteca non era proprietario del fondo ipotecato: questa eccezione non saria ammissibile, perchè inverecconda, *quia allegaret turpitudinem suam.* Così delle eccezioni sulla sussistenza e legittimità dell'inscrizione, che non è necessaria a stabilire la realità dell'ipoteca in di lui confronto.

Potrebbe condurre le stesse conclusioni in riguardo all'erede? Si: perchè egli rappresenta il defunto, ed è tenuto colla sostanza ereditaria a rispettare i fatti suoi (4).

Che diremo del possessore del fondo ipotecato che avesse ricevuta la delegazione del debito inscritto? Assuntosi egli l'obbligo del debitore viene a sostenerne le veci. Ma v'ha questa differenza tra l'assegnato e il debitore originario per riguardo all'ipoteca, e quindi all'azione reale:

(1) Carpzov. *Process. jur.* tit. 22, art. 1, num. 34-37.

(2) Come dissimo sotto il § XV, num. 9, e segg. Neguzanzio, *de pignor.* par. 8, mem. 3. n. 6. M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, tit. 2, quæ. 68, n. 4. Gaito, *de credito*, cap. 4. quæs. 7 n. 601. 615-621. Voet. *in pand. qui potiores in pignor.* num. 7. Richeri, vol. 9, § 1672.

(3) Vedi il § XXII.

(4) Neguzaot. *de pignor.* par. 8, mem. 3. n. 22. M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, tit. 2, quæ. 58, num. 9. quæ 60, n. 2, e quæ. 68. o 7.

che se il creditore conviene l'assegnato coll'azione personale, il può, come potrebbe agire contro il debitore assegnante; ma se lo conviene come possessore dello stabile ipotecato, a lui non può opporre il titolo dell'ipoteca, come fatto suo proprio, a meno che nell'atto stesso di assegno egli avesse espressamente o tacitamente riconosciuta l'ipoteca, colla quale il debito assegnato gravitava sul fondo da lui posseduto. Egli potrebbe pretendere d'avere delle eccezioni contro il debito, da ventilarsi nel foro personale, e contrasterebbe al creditore la sussistenza d'un'ipoteca, cui spetta al creditore di legittimare affine di potere persistere nel foro reale. Tant'è che un creditore sprovveduto d'ipoteca isceglíendo per la futura esecuzione uno stabile del debitore situato lontano dal di lui domicilio, venisse al foro reale di questo ad esperire la sua pretesa personale. Dunque sembraci che l'assegnato possessore, cui non si può opporre il titolo ipotecario come suo fatto personale, o come da lui riconosciuto, deve convincersi della validità dell'ipoteca, come ogni altro possessore, perchè il creditore possa godere de' vantaggi del foro reale.

16. Veniamo a considerare il secondo possibile rapporto: se il creditore volesse convenire un condebitore *pro rata*, che fosse possessore dello stabile ipotecato.

Tale è il caso d'un coerede del debitore, d'un ordinario condebitore, e d'un confidejussore semplice. Possedendo essi il fondo ipotecato, contro di essi si può promuovere l'azione reale, e, attesa l'indivisibilità del diritto ipotecario, ponno essere convenuti colla formula ipotecaria per tutto il debito inscritto. *Nam eo casu*, soggiungeremo con Didaco Covarruvias, ***hypothecaria actio competit in solidum pro re possessa per unum ex hæredibus nec fit divisio quoad hoc, sicut fieret quo, ad actionem personalem*** (1). E per essere coerenti a ciò che dissimo del debitore possessore opiniamo che dinanzi lo stesso foro del luogo, ove è situato l'immobile ipotecato, potriasi cumulare coll'azione reale anche la personale, e far giudicare l'obbligo personale al pagamento della frazione del debito, e l'obbligo reale di tutto il debito, sotto comminatoria nel primo caso dell'esecuzione generale di tutti i beni del convenuto, e nel secondo caso dell'esecuzione parziale dello stabile ipotecato e posseduto.

Ma che diremo del fidejussore e possessore, il quale come fidejussore semplice ha pei §§ 1355 e 1356 del Codice civile il beneficio d'ordine? potrebbe egli opporre questa eccezione della previa escussione? Ei nol potrebbe di certo se fosse convenuto colla sola azione reale, perchè allora devesi reputare solamente qual possessore dello stabile ipotecato, e sottomesso per ragione di questo all'azione reale ed individua del cre-

(1) Covarruvias. *Variar. resol.* lib. 3, cap. 8, n. 7. Argomento dalla leg. 65. Dig. *de evictionib.* Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 6, def. 5, et tit. 21. def. 1. Franc. Balduin, *de pignor.* cap. 14, Zoesio, *in Dig. quib. mod. pign solvit.* num. 4.

ditore. Ma se questi conchiudesse eziandio col chiedere che fosse pronunciata la di lui obbligazione personale di fideiussore, io credo che gli rimarrebbe salva siffatta eccezione, essendo in tal caso onninamente distinta la condizione del possessore, che dee rilasciare a chi ha un diritto più potente la cosa sua, da quella del fidejussore, per un riguardo salutare verso il quale la legge fa sì che la pretesa del creditore non sia ancora maturata, se non dopo l'interpellazione che questi avesse fatto presso al debitore principale. Qui non vi ha la stessa ragione, che ci suggerì una contraria conclusione in riguardo al debitore personale ed al condebitore, i quali, essendo possessori dello stabile ipotecato, aveano un'obbligazione personale realizzabile nel momento stesso: dimodochè essendo possibile in quel momento al creditore l'esercizio di ambedue le azioni, la personale e la reale, egli potea cumularle: come quelle che dipendeano dallo stesso fatto: la ipotecaria concessa come accessoria della personale in una stessa persona; e si poteano congiungere nel foro dell'immobile per quel principio pratico della economia dei giudizii, che vuole risparmiati i circoli viziosi, quando lo stesso fatto ed una sola ed unica indagine può ventilare e decidere più questioni. Ma l'obbligazione del fidejussore non può realizzarsi di pari passo coll'azione reale, comunque concorrano in una stessa persona: perciocchè l'una ha seco un'eccezione dilatoria, consacrata dalla legge per riguardi personali e utilissimi al fidejussore, i quali non ponno nè devono essere manomessi col pretesto della circostanza accidentale che in lui concorra l'obbligazione reale, i di cui effetti, limitati alla parziale escutibilità del fondo ipotecato, sono bene distinti da quelli dell'obbligazione personale accessoria della fidejussione, che trae seco l'esecuzione generale del patrimonio dell'obbligato. Questa nostra conclusione è poi avvalorata dall'autorità degli antichi giureconsulti, i quali sia che parlino del fidejussore possessore (1), sia che parlino in genere del possessore, cui le leggi antiche attribuivano questo stesso beneficio d'ordine, non permettevano che per cagione del suo diritto reale il creditore esercitasse il suo diritto o reale in quest'ultimo caso (2), o personale nel caso precedente, innanzi che fosse liquido e realizzabile per la interpellazione e l'esecuzione dell'obbligato principale.

17. Veniamo al terzo ed ultimo rapporto, che nasce allorquando il creditore si determinasse a trarre insieme dinnanzi al foro reale il possessore e le persone obbligate personalmente pel debito.

(1) Noguzanzio, *de pignor*, par. 8. mem. 2, num. 6, in base all'Autentica, Cod. *de fidejussorib. et mandator.*

(2) Noguzanzio, *de pignor*. par. 8, mem. 1, n. 9, Fabro, *in Cod.* lib, 8, tit. 21, def. 1. Richeri, vol. 9, §§ 1686, 1691. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 797 citando un'aforismo di Bartolo, non so da qual luogo delle sue opere, adotta la contraria sentenza: ma l'autentica superiormente citata distrugge le autorità degli antichi giureconsulti. Del resto egli confonde l'assuntore del debito col fidejussore: questi ha la previa escussione, quegli no.

Piana ed ovvia è la decisione, che egli possa ciò fare; nè temenza alcuna può avere delle eccezioni del cumulo di più oggetti litigiosi, dell'incompetenza di foro, e del beneficio di previa escussione; purchè provi il suo diritto, secondo che interessa specialmente a ciascun convenuto.

Alla prima eccezione abbiamo già risposto di sopra coll'autorità degli antichi, e rispose eziandio Richeri: *cum actio personalis adversus debitorem, atque hypothecaria adversus pignorum possessores ad eundem finem tendant, ex communi pragmaticorum sententia, simul cumulari possunt* (1).

Nemmeno la eccezione del foro incompetente potriano addurre gli obbligati colla persona, posciachè pel § 41 della nuova Norma di giurisdizione essi devono venire a quel giudizio, che è competente per il primo nominato. Si può opporre che per l'Ordinanza imperiale 12 maggio 1852 non può essere nominato pel primo, se non il principale obbligato, e che di conseguenza nel caso nostro non si potesse adire che il foro personale del debitore principale, non quello del possessore. Ma si può anche rispondere che quest'ultima legge non alluderebbe solamente al debitor principale in confronto al possessore; anzi soggiungendo: quando alcuno risulti per tale dall'*affare di diritto su cui si fonda la petizione*, lasciò supporre che, se l'azione è reale, può considerarsi come principale obbligato il possessore; quindi può essere nominato pel primo. Che poi si possa nominar costui pel primo e conchiudere prima di tutto coll'azione semplice ipotecaria, e solo dappoi o subordinatamente o solidariamente coll'azione personale verso il vero debitore, è abbastanza accertato dalla lezione del § 466 del vigente Codice civile, che accorda al creditore questa libera elezione, senza il beneficio della previa escussione del debitore medesimo.

Il creditore avrebbe talvolta interesse di citare dinnanzi al foro personale del debitore insieme con questi, nominato pel primo, anche il possessore dello stabile ipotecato. Avrebbe questi diritto alla declinatoria dal foro personale al reale?

L'avrebbe, ci sembra, perchè se nell'ipotesi superiore, citato pel primo il possessore, il debitore può considerarsi nella lite come consorte col medesimo, perchè egli essendo obbligato come autore principale del debito, e nell'obbligazione ipotecaria essendo implicita la di lui obbligazione personale, egli deve assistere alla liquidazione e al giudizio del debito stesso. La continenza di lite è perfetta, precisamente perchè nell'obbligazione ipotecaria è racchiusa l'obbligazione personale. Ma nel caso presente, se è citato pel primo il debitore, e davanti al foro personale, l'azione è personale, suppone la ventilazione d'un debito personale al quale è estraneo il possessore. Egli non è dunque in questa circostanza un vero consorte di lite: ma dovrebbe essere citato o principalmente o per lo meno dinnanzi al foro reale.

(1) Richeri, *Jurispr. univ.* vol. 9, § 1725. Fabro, in Cod, lib. 8, tit. 26, n. 52.

Si vorrà forse ribaltere questa conclusione del § 55 della nuova Norma di giurisdizione? Non credo che sia ragionevole partito: perchè questa legge non allude nè al semplice possessore, nè all' azione cumulativamente promossa contro costui e contro il debitore. Ella non allude all'azione ipotecaria semplice contro il terzo possessore, perchè contro questo non si può promuovere una petizione pel pagamento, come disse la legge stessa, ma solo una petizione alternativa del pagamento o del rilascio del fondo. Ella allude senza dubbio al solo debitore, perchè assimila questo caso dubbio a quello della petizione per conferma di prenotazione: la quale di certo non si promuove contro il terzo possessore (1).

Se tra queste persone ci fossero il debitore e il fidejussore semplice: potria questi opporre l'eccezione della previa escussione? Avrebbelo potuto sotto l'impero del Diritto romano, secondo il quale la previa escussione dovea essere fatta nei termini che il lombardo Jacobo de Arena con queste parole propone: *escussio est bonorum atque rerum principalis debitoris ad ungulam usque, ad saccum et peram per judicem facta discussio, inquisitio atque detentio* (2). Ma secondo il § 1355 del Codice civile questo beneficio d'ordine si risolve in una interpellazione giudiziale o stragiudiziale del debitore: e secondo il § 1356, questa discussione non ha nemmeno luogo se il debitore è fallito o s' ignori il di lui domicilio. Accumulandosi adunque l' azione contro il debitore e il fidejussore, o è quegli fallito e non si dubita di nulla: o in caso diverso il fatto stesso della petizione diretta contro il debitore equivale alla interpellazione richiesta dalla legge; o se non fu intimata al debitore per essere d'ignota dimora, questo stesso fatto dell' impossibile intimazione toglie ogni pretesto al fidejussore.

Cosa deve provare il creditore in quesla azione complessa? Distinguansi i rapporti suoi colle diverse persone ch'egli ha convenuto in giudizio, contro il debitore non dovrà provare che quello, che dissimo superiormente parlando di lui: contro il condebitore egualmente: contro il semplice possessore dovrà provare regolarmente la sua ipoteca, fatta astrazione dalle confessioni che facesse in giudizio il debitore consorte di lite; perciocchè il possessore può opporre tutte le eccezioni che gli interessano, e la confessione del debitore può nuocere a lui medesimo, non al possessore, contro il quale l'attore deve provare le sue asserzioni (3). Il celebre presidente Savojardo conviene in questa nostra generale conclusione, parlando dell' eccezione del credito estinto: *possessor quilibet*

(1) Errò Luciano Borolta, *Giorn. di giur. pratica di Venezia*, an. 2, 1847. num. 22, nello stilizzare colla conclusione contraria alla nostra un giudicato, nel quale trattavasi d'un possessore, che aveva ricevuto la delegazione, anzi avea pagato gli interessi del debito ipotecato. Da possessore diveniva condebitore, quindi potea essere citato al foro personale.

(2) Jac. De Arena, *de excussion. bonor.* num. 1.

(3) Vedemmo nel § LI l' eccezione *cedendarum* che spetta al possessore. Vedasi ancora nei seguenti §§ LXV e LXVI le eccezioni dell' evizione e delle migliorie.

conventus hypothecaria obiicere potest solutam creditori pecuniam, nec solum tacente debitore, sed etiam si debitor ipse forte per collusionem fateatur adhuc se debere. Etsi enim exceptio hæc est de jure tertii, tamen excludit omnino jus agentis, cum soluto debito, tollatur hypothecaria. Interestque possessoris qui convenitur, non ob id solum, ne ab eo res auferatur, sed etiam quia qualiscumque sit possessor, habet jus offerendi ad hypothecariam inhibendam (1). *Absurdum autem sit cogi eum, ad redimendam vexationem, offerre id, quod amplius non debeatur* (2).

Con analogo ragionamento si assecondino le eccezioni del possessore sulla proprietà del costituente, e sulla legittimità del titolo e della inscrizione; essendochè l'attore non può contro di lui procedere senza iscoprire la base del suo diritto reale: e qualsiasi diritto non può formularsi in azione, senza presentarsi con una sufficiente dimostrazione.

§ LVIII.

Quando il creditore domanderà l'esecuzione sopra lo stabile ipotecato, il giudice, a di lui istanza, dovrà accordargliene il pignoramento, che produce l'effetto, che ove il possessore avesse alienato la cosa ipotecata in pendenza dell'esecuzione, il creditore può proseguire negli atti esecutivi sulla cosa medesima, come se non fosse stata alienata.

Arg. dal § 415 del Regolamento giudiziale e dalla Notificazione governativa lombarda 12 giugno 1827.

SOMMARIO.

1. Delle pratiche preliminari e del principio deduttivo per l'esecuzione ipotecaria.
2. Nel Diritto romano provvedeasi al solo creditore anziano, col concedere a lui solo l'immissione in possesso.
3. Del pignoramento e del rilascio secondo il Diritto francese e le legislazioni della restante Italia.
4. Del pignoramento secondo il Diritto austriaco: suo intendimento ed effetti pratici.
5. Interpretazione del § 415 del Regolamento giudiziario.

(1) Vedi il seguente nostro § LXIII.

(2) Fabro, *in Cod.* lib. 8. tit. 6, def. 18, Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1719.

1. Ottenuta dal giudice la ricognizione del credito ipotecario colla sentenza o col decreto esecutivo, procede il creditore sotto gli auspicii del medesimo alla realizzazione del suo diritto, secondo l'intendimento finale dell'azione ipotecaria. In questo procedimento varie sono le pratiche, alle quali egli deve successivamente dar mano per giungere a quello scopo, e diverse e importanti sono le modalità necessarie a ciascuna. Nello studiare questo procedimento esecutivo, noi pure dobbiamo procedere con ordine, ossia con un criterio generale della deduzione. Il qual criterio, o ragion deduttrice è riposta per noi nell'interesse legittimo del creditore esecutante; e diciamo interesse legittimo, in quanto che dev'essere quanto si conviene determinato e limitato dagli interessi coesistenti del proprietario e degli altri creditori, che concorrono sul medesimo fondo.

Con dir ciò riprendiamo la deduzione che abbiamo incominciata nel § LV (n. 1-3), perocchè ivi mostrando a qual fine tende l'azione ipotecaria, cioè presso gli antichi alla vendita privata, presso i moderni alla giudiziale, notammo come fosse assai più perfetta la deduzione dei moderni: come quella che con questa specie di vendita provvede all'interesse del proprietario e degli altri creditori, senza pur nuocere all'indennità dell'esecutante. E nella stessa guisa discorreremo sugli stadii intermedj che conducono alla vendita e alla finale soddisfazione de' creditori. E come in quel luogo, così in tutti i seguenti vedremo il grandissimo progresso operato dall'antico al moderno, e insieme trarremo questo insigne documento metodico, che la deduzione d'un diritto individuale deve sempre farsi anche nella sua parte negativa, cioè nella forma che lo delimita verso l'interesse dei terzi.

2. Vedemmo in principio di questo Capo come tutto il processo esecutivo de' Romani nell'azione ipotecaria si risolvesse nell' immettere in possesso il creditore sullo stabile ipotecato. Che anzi dai tempi più remoti del Gius ipotecario, fino a quelli di Bartolo, si propendeva perfino a concedere al creditore, o per lo meno a scusarlo se egli di sua privata autorità, e solo col contratto d'ipoteca alla mano, avesse occupato il fondo ipotecato, e scacciatone il debitore. A questi si diniegava di ricuperare il possesso coll'interdetto *unde vi*, perciò che rescrissero Severo ed Antonino: *creditores, qui, non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur. Attamen,* raccomandavano essi, *auctoritate præsidis possessionem adipisci debent* (1). Una eguale decisione trovasi inserita nel Codice, e attribuita a Diocleziano e Massimiano: *nec creditor citra conventionem* VEL

(1) Leg. 3. Cod. *de pignor. et hyp.* Paolo ne' suoi frammenti, *sententiarum*, lib. 2, tit. 14. § 5, sembra che opini diversamente: *si quis pignora debitoris citra auctoritatem judicantis abduxerit, violentiæ crimen admittit.* A noi non interessa qui di veder qual fosse l'opinione preferibile.

præsidialem jussionem, debiti causa res debitoris, arbitrio suo, auferre potest (1). Questa soverchia libertà, o diremo meglio, indulgenza, ha dato materia d'infinite controversie alla giurisprudenza italiana; e quindi, come accade in tutte le difficili dispute, ha generato una selva di opinioni, di distinzioni, suddistinzioni da formare uno de' più ghiotti manicaretti, che noi lascieremo gustare agli amanti dell'erudizione per l'erudizione (2).

Comunque il creditore s'impossessasse del fondo, esercitava il suo diritto ipotecario non in diversa guisa che se avesse avuto un pegno di cosa mobile, escludendo con una subita vendita il concorso degli altri creditori ipotecarii. Trascuravasi quindi quel riguardo prudente alla coesistenza del diritto de' terzi: cioè l'interesse dei creditori e del proprietario, impedendo loro di vigilare all'economia dell'amministrazione e della vendita. Solo aveansi proposto gli antichi l'interesse del creditore; al quale l'avocazione del possesso produceva questi vantaggi, pur necessarii a perfettamente realizzare il diritto d'ipoteca. Imperocchè senza togliere il possesso al terzo, non avria potuto il creditore vendere utilmente il fondo ad altri, ed ottenerne l'aggiudicazione senza procurare ad altri o a sè medesimo il possesso necessario al godimento e alla compiutezza del dominio (3), compensare per lo meno co' frutti del fondo il proprio credito gradatamente (4), o difendersi dall'arbitrio del possessore che nel tempo intermedio avrebbe o deteriorata od alienata la possessione (5); cosicchè o sarebbe mancato parte della materia del suo soddisfacimento, o avrebbe dovuto ricominciare gli atti giudiziali od altre pratiche contro il nuovo possessore.

Del resto venendo egli sul fondo, non ne acquistava nè la proprietà, nè il possesso civile, ma solo il possesso naturale, o nudo, come diceasi (6), per questa semplice ragione: che egli stava sul fondo solo perchè il proprietario gli avea concessa la facoltà condizionata di venderlo, ove non avesse pagato il debito. Gli altri diritti che avea di raccogliere i frutti, o d'impetrare dal giudice il dominio, non erano che subordinati ed occasionali, per il suo momentaneo possedimento.

(1) Leg. 11, Cod. *de pignor. actione*. Cujaccio per far più presto vorrebbe mutare la proposizione *vel* in quella di *et*. Pothier, pand. riord. *de pignor*. num. 28.

(2) Gli autori che ne trattano con molta diffusione sono sopratutto Menochio, *de adipiscend. possess*. Remed. 3, per tot.; il quale nei num. 142 e 152, passa in rivista tutti i giureconsulti italiani, da Martino glossatore, anzi da Pietro anteriore ad Irnerio sino al milanese Signorolo. Negusanzio, *de pignor*. par. 4, num. 8-24. M. Merlin, *de pignor*. lib. 4, tit. 3, quæ. 104, a tit. 4. quæ. 115, lib. 4, tit. 4, quæ. 120. num. 1. Hotoman, in leg. 3, Cod. *de pignor*. Struvio, *Syntagma juris, qui potiores in pign*. thes. 41. Alcuni statuti niegarono al creditore questa licenza: quali i milanesi cap. 175, vol. 1. Carpan. ibi, num. 1-14.

(3) Negozanzio, *de pignor*. par. 6. mem. 1 num. 14. e 18. M. Merlin, *de pignor*. lib. 4, tit. 3, quæ. 95. n. 34. Baldoin, *de pignor*. cap. 15, Pothier, *pand. de distract. pignor*. num. 18

(4) Leg. 1 e 3, Cod. *de pignor. action*. leg. 1. Cod. *de distract. pignor*. leg. 48. Dig. *de solution*. Richeri, *Jurispr*. vol. 9. § 1488.

(5) M. Merlin. *de pignor*. lib. 1, tit. 3. quæ. 18.

(6) Papiniano. in leg. 66, Dig. *de evietion*. Balduin. *de pignor*. cap. 14. vers. *jus servitutis*. et cap. 15, in principio, ove tratta diffusamente e bene, come è suo costume.

La sua detenzione non gli attribuiva propriamente altro diritto che d'amministrare e di vendere il fondo; ma come detentore, e come avente l'Ipoteca, potea respingere l'azione vendicatoria de' terzi, eccepeudo col suo diritto: come appare dalle seguenti decisioni. *Creditor prædia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit* (1). *Potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti* (2). *Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem; quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio: cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi* (3).

Le moderne legislazioni ipotecarie non si mostrarono più come l'antica così improvvidamente ligie al primo creditore, da dimenticare i diritti coesistenti del proprietario e dei terzi. Al possesso esclusivo del primo creditore si sostituì il pignoramento, o qualche altra pratica consimile, per cui la cosa affetta dall'esecuzione sottraevasi agli arbitri del possessore per l'interesse indistinto dei creditori tutti, e per un certo aspetto anche per l'interesse dell'espropriato. A questo modo l'antica azione ipotecaria si sviluppò secondo importava la stagione dell'avanzato incivilimento; il diritto individuale fu temperato secondo che meglio conveniva alla coesistenza giuridica e alla conciliazione di più interessi. Dei legislatori moderni in questa bisogna si può dire ciò che Paolo avea detto del pretore antico, in riguardo al pegno pretorio: *et commodius dicitur, cum Prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus, et in rem permissum videri*... e con ciò soggiungeva: *aliquid ex ordine facit et ideo cæteris quoque prodest* (4).

Vediamo distintamente le diverse pratiche colle quali s'inizia l'espropriazione ipotecaria secondo il Diritto francese, secondo le legislazioni che lo imitarono nella restante Italia, e quindi secondo la legge austriaca vigente in queste nostre provincie.

3. Nel diritto francese bisogna distinguere se chi possiede il fondo ipotecato è il debitore personale o un terzo estraneo. Nel primo caso il creditore gli fa intimare dall'usciere del tribunale di pagare il debito apparente da sentenza o da convenzione munita della clausola esecutiva (5). Se non paga nel termine di trenta giorni procede il creditore al pignoramento degli stabili (6). Se poi si tratta del possessore estraneo al debito, usano i francesi distinguere due momenti preparatorii dell'esecuzione. Prima di tutto deve il creditore diffidare il debitore che soddi-

(1) Leg. 23, Dig. *de pignor et hyp.*

(2) Leg. 35. Dig *de pignor action.*

(3) Leg. 37. Dig. *de pignor action.*

(4) Leg. 12. Dig. *de reb. auctor. jud. possid.* Legge citata nel § IX num 3, tom. 1, pag. 213.

(5) Art. 2213-2217 del Cod. Napoleone ai quali corrispondono gli art. 2119-2123 del Cod. siciliano. art. 2339-2343 del Cod. albertino, che nelle ulteriori pratiche in riguardo al debitore si scosta dall'imitazione del Cod. francese.

(6) Art. 674 del Cod. di procedura civile francese.

sfaccia al suo debito personale, perchè il possessore ha diritto, come dissimo nel precedente § (num. 3) al beneficio della previa escussione del debitore medesimo, nel caso che questi possedesse alcun altro fondo obbligato al debito medesimo per cui si domanda l'esecuzione (1). Riuscendo inutile questa previa escussione, e non pagando il possessore nel termine stabilito di trenta giorni, il creditore ha diritto di procedere alla vendita (2). Ma il possessore può opporsi a questi atti esecutivi, fatta astrazione dal pagamento e dal beneficio della previa escussione, con due altri rimedii di diritto: l'uno col provocare il giudizio della purgazione del fondo delle ipoteche inscritte, l'altro colla pratica del rilascio.

Di quel processo di purgazione daremo un cenno nell'esordio del Capo seguente, destinato al giudizio d'ordine.

La facoltà del rilascio gli è concessa dalla legge quando non volendo pagare il debito, o purgare il fondo dalle ipoteche, volesse tuttavia sottrarsi ai disturbi ed al discredito della espropriazione esecutiva (3). Questo rilascio si eseguisce presso la cancelleria del luogo, ove sono situati i beni (4). I giureconsulti francesi sono alquanto imbarazzati nel tratteggiare la natura giuridica di questo rilascio. Egli non è una vera cessione del fondo, perchè il rilasciante può ricuperarne il possesso prima che sia venduto dai creditori, pagando l'intero debito e le spese dell'esecuzione (5). Si considera piuttosto come atto di trasferimento del semplice possesso del medesimo ai creditori (6), affinchè, giusta l'art. 2174 del Codice civile francese, questi s'impadroniscano della sua amministrazione, ossia, adoperando i suoi termini precisi, affinchè sulla petizione di quello fra gli interessati che previene, si deputi una amministrazione del fondo rilasciato, ed in contradditorio del suddetto si proceda alla vendita secondo le forme prescritte per le espropriazio-

(1) Art. 2168-2171 del Cod. Napoleone. Grenier, *hypoth.* num, 341. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 790 e 791. A questi artic. corrispondono gli art. 2062-2065 del Cod. sicil. art. 2255-2257 del Cod. parmense, art. 2285, 2286, 2288 e 2289 del Cod. albertino. Questo beneficio della previa esecuzione è pure concesso, sebbene in diversi termini negli artic. 185 e 196 del Regolam. legislativo di Gregorio XVI, e negli art. 121-125 del motuproprio toscano sulle ipoteche „ negli art. 2256 e 2257 del Cod. civ. di Modena, e negli artic. 369 e 370 del Cod. di procedura civile par di Modena.

(2) Così nei soccitati artic. e nell' art. 673 del Cod. di procedura civile francese. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 790.

(3) Art. 2168 e sopracitati del Cod. Napoleone. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 811. Questa facoltà del rilascio è pure concesso nel Cod. siciliano, art. 2062, nel Codice parmense, art. 2256, nel Cod. albertino, art. 2285, nelle leggi ipotecarie di Toscana, art. 121, di Modena, art. 2256 del Cod. estense.

(4) Art. 2174 del Cod. Napoleone, al quale art. corrispondono l'art. 2068 del Cod. siciliano, l'art. 2240 del Cod. parmense, l'art. 2292 del Cod. sardo, l'art. 127 del motopr. toscano l'art. 2240 del Cod estense.

(5) Per l'art. 2173 del Cod. Napoleone; al quale corrispondono l'art. 2067 del Cod. siciliano, l'art. 2239 del Cod. parmense, l'art. 2291 del Cod. sardo, l'art. 126 del motupr. toscano e l'art. 2239 del Cod. estense.

(6) Tarrible, *Repert. di Merlin*, V. *tiers detenteur*, num. 9. Grenier, *hypoth.* num. 327 e 330. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 785, 786 e 825.

ni (1). Per questo riguardo vollero i legislatori francesi che non il solo creditore anteriore od esecutante, ma tutti i creditori ipotecarii potessero impadronirsene del possesso naturale e dell' amministrazione, in favore di tutti gli interessati: non altrimenti di quello che otterrebbero col pignoramento esecutivo di cui veniamo a dire.

Se il possessore non purgò il fondo dalle ipoteche, e non pagò il debito, o non rilasciò il fondo medesimo ai creditori, quegli che tra costoro fece l'intimazione del pagamento, procede all' esecuzione in questa guisa (2). Chiede egli dapprima il pignoramento, le cui modalità sono diverse, ma gli effetti sono all'intutto simili a quelli del rilascio.

Il pignoramento si ottiene per la legge francese col mandare l'usciere del tribunale sui beni ipotecati, per descriverli esternamente, enunciandone la qualità e la situazione. Quest'operazione deve risultare in un processo verbale, che si spedisce per la trascrizione ai registri delle ipoteche, facendosi menzione della data e persino dell'ora in cui venne presentato il medesimo. Questa trascrizione viene però rifiutata dal conservatore se vede inscritto un precedente pignoramento sullo stesso fondo.

Lo stesso processo verbale deve di più essere presentato nella cancelleria del tribunale, davanti al quale sarà per seguire la vendita, e il cancelliere lo pubblica in tribunale e nei luoghi e fogli pubblici. A ciò s'aggiunga che questo stesso pignoramento dev'essere notificato al debitore e ai creditori inscritti, e il certificato di questa intimazione dev'essere trascritto eziandio all'ufficio delle ipoteche (3).

Dicemmo che gli effetti pratici del pignoramento sono identici a quelli che dal rilascio provengono. E diffatti è prescritto che la parte pignorata non può dopo la denuncia fattale alienare gli stabili, sotto pena di nullità, e senza che occorra alcuna nozione o sentenza. E se gli stabili oppignorati non fossero affittati ad altri, ma goduti o coltivati dal debitore, questi ne rimane in possesso fino al tempo della vendita come depositario giudiziale, a meno che non sia altrimenti ordinato dal giudice, in conseguenza di reclamo da parte di uno o più creditori. Indipendentemente da ciò i creditori possono far eseguire la raccolta e la vendita di tutto o parte dei frutti pendenti: e i frutti maturati dopo la denuncia fatta al debitore pignorato sortono la natura dello stabile per essere distribuiti unitamente col prezzo di questo ai creditori, secondo il loro ordine d'ipoteca. In conseguenza resta proibito al pignorato di fare alcun taglio di legna od alcun'altra deteriorazione: gli affitti senza data certa si annullano; le pensioni insolute rimangono sequestrate (4). Tutte queste proibizioni equivalgono a dire, che in conseguenza del pignoramento si

(1) Grenier, *hypoth.* num. 329. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 827.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 795-796.

(3) Art. 675-686, 695 e 696 del Cod. di procedura francese.

(4) Art. 688-692 dello stesso Cod di proc francese.

toglie al possessore la libera amministrazione della proprietà sua: il che avviene praticamente anche nel rilascio, perchè il proprietario con questo abdica alla libera amministrazione e la conferisce alla causa dei creditori. L'unica differenza che ci ha è nel modo con cui queste proibizioni si ottengono: nel rilascio ci ha una determinazione volontaria del possessore che abdica; nel pignoramento ci ha per lui una necessità nella determinazione esecutiva dei creditori e del giudice.

Questo inviluppo di forme processuali non può essere approvato dalla savia critica legale: e specialmente non ci sembra che la formalità del rilascio, appunto perchè produttiva dei medesimi effetti che nascono dal pignoramento, possa avere con sè una ragione legislativa. Ella accresce piuttosto d'una serie di quistioni i triboli della giurisprudenza francese circa la possibilità di praticarla, interdetta in genere a chi non ha la capacità d'alienare (1), e quindi ai minori, alle donne, agli eredi beneficiarii, ai curatori delle eredità giacenti e agli interdetti (2). E neppure approveremo le soverchie e costose minuzie della pratica del pignoramento, che si può sufficientemente costituire colla notifica al debitore e coll'inserizione all'ufficio delle ipoteche, senza che ci sia bisogno della sua pubblicazione in tribunale e nei luoghi pubblici, dell'intimazione ai creditori inscritti, e delle gravi spese dell'inserzione nei pubblici diarj. La procedura francese e degli stati della restante Italia ad eccezione di quella vigente in Romagna e in Piemonte (3), con questa e colle successive pratiche esecutive, delle quali diremo nei seguenti §§, e colle ingenti e inevitabili spese, invece di favorire colla rapida ed economica realizzazione l'interesse del creditore esecutante compatibilmente con quello degli altri creditori concorrenti e dell'espropriato, ha dato occasione di sciupare molta parte del valore dello stabile esecutato in questa moltitudine di pratiche oziose, a grave detrimento di tutti e specialmente del proprietario, sul quale in ultimo risultato ricadono. Male gravissimo che noi dovremo additare come una delle piaghe più mortali del sistema ipotecario francese, presso al quale la legge nostra in questo proposito, come in molte altre parti vitali del sistema fa un'assai bella mostra di prudenza conciliativa.

Però prima di passare innanzi dobbiamo chiamar l'attenzione sull'entità pratica di queste prime formalità del rilascio e del pignoramento,

(1) Art. 2172, del Cod. civil. francese; cui corrisponde l'art. 2066 del Cod. siciliano, l'art. 2238 del Cod. parmense, l'art. 2290 del Cod. albertino, l'art. 124 del motu proprio toscano, e l'art. 2238 del Cod. estense.

(2) Persil, *Régim. hyp.* art. 2172, n. 4. Grenier, *hyp.* num. 327 e 328. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 818-823.

(3) Per l'art. 203 del Regolam. legislat. di Gregorio XVI, si dispone che la trascrizione della sentenza contro il terzo possessore tiene luogo di pignoramento, purchè sia notificata al possessore medesimo e ai creditori inscritti. E per l'art. 2344 del Cod. albertino si prescrisse egualmente allo stesso effetto che l'ordinanza di espropriazione forzata dovrà essere trascritta all'ufficio delle ipoteche di ciascun distretto, ove sono situati i beni da subastarsi.

dalle quali dicemmo provenire questi due identici effetti: di torre al possessore la disponibilità giuridica del fondo esecutato, e di comunicarla ai creditori suoi per la soddisfazione dei loro diritti. Il primo effetto fu pur riconosciuto dagli antichi che coll'azione ipotecaria immettevano il creditore anziano in possesso della cosa ipotecata: il secondo è un trovato moderno, allo scopo di favorire più egualmente che si può i diritti coesistenti dei terzi.

Questi due effetti furono colla massima evidenza consecrati nelle succitate disposizioni francesi non solo, ma eziandio in quelle delle vigenti legislazioni italiane, che si dislaccarono alquanto dall'imitazione forastiera. Quali sarebbero il Codice albertino che prescrive nell'art. 2344 che dalla data della trascrizione della ordinanza di espropriazione il debitore non potrà più disporre degli immobili in essa compresi: egli ne rimarrà in possesso come sequestratario giudiziario, salvo che sull'istanza dei creditori il giudice stimi per motivi gravi di nominare un altro sequestratario. Così pure nel nuovo Codice processuale di Modena coll'art. 903 si niega al debitore, dopo notificatogli il pignoramento di disporre in alcun modo degli stabili pignorati e del loro accessorii, e le alienazioni e le ipoteche che ne fossero fatte, doversi ritenere nell'interesse dei terzi come non avvenute.

Il pignoramento adunque impetrato dal creditore ipotecario, per tutte queste legislazioni si può paragonare ad un sequestro: il cui principale effetto è d'impedire al proprietario la libertà di disporre dello stabile per l'avvenire in pregiudizio dei suoi creditori.

Vediamo della legge austriaca.

4. È disposto nel § 415 del Regolamento giudiziale austriaco che allora « quando l'attore domanderà l'esecuzione sopra un bene stabile, il giudice a di lui istanza dovrà accordargliene il pignoramento, semprechè non lo avesse già conseguito colla precedente prenotazione o in altro modo, e farà quindi decreto, acciocchè in conformità della sentenza o convenzione giudiziale si trasferisca nell'attore il diritto reale, cioè gli si costituisca secondo la pratica del luogo il pegno giudiziale; dovendo la superiorità del luogo, in cui è situato l'immobile, dare immediata esecuzione alle lettere requisitoriali che le verranno dirette dal giudice a tale effetto colla maggior sollecitudine ».

Però tra queste espressioni e quelle del nostro § ci ha un profondo divario, del quale veniamo noi qui a giustificarci: cercando dapprima quale sia l'intendimento e gli effetti pratici del pignoramento nella realizzazione ipotecaria, e come ci possiamo argomentare dalle difficili espressioni del succitato §.

Il pignoramento, diciamo, è necessario perchè il diritto d'ipoteca per sè solo, comunque reale, non impedisce che il debitore disponga della proprietà ipotecata come meglio gli sembra, alienandola ad altri, trascu-

randola o consumandola in odio dei creditori, come abbiamo veduto nella trattazione del § XLVI. E necessario poi per l'interesse diretto dello stesso creditore, quand'egli ad esclusione del proprietario volesse godere i frutti del fondo in graduata compensazione del suo credito, o venderlo ad altri o domandarne per sè medesimo l'assegnamento giudiziale coll'effettivo acquisto del dominio mediante la tradizione.

Tutti questi vantaggi vedemmo riscontrarsi nell'antica azione ipotecaria, ossia nell'immissione che impetrava il creditore con essa nel possesso del fondo ipotecato. E li vedemmo pure aggiunti nelle legislazioni di Francia e della restante Italia a questa medesima pratica del pignoramento.

Nè punto diverso è l'intendimento pratico della disposizione del § 415 del nostro Regolamento giudiziario: non però perchè le espressioni del medesimo lo presentino in modo evidentissimo; sibbene perchè la proprietà dei termini suoi necessariamente lo racchiude.

Ma prima di procedere all'interpretazione dottrinale del medesimo, vediamo le spiegazioni che ci diedero il Legislatore e la pratica dei tribunali.

L'interpretazione autentica ci è somministrata dalla Notificazione 12 giugno 1827 del Governo lombardo, così come segue: « onde togliere i dubbii che si elevarono sugli effetti legali di quelle alienazioni, che si fanno dai debitori oppignorati durante le esecuzioni, il Senato lombardo veneto del supremo tribunal di giustizia, previi i concerti colla Commissione aulica di legislazione e col supremo tribunal di giustizia in Vienna, ha trovato opportuno di rilasciare la seguente dichiarazione. *Il possessore d'una cosa immobile colpita dalle esecuzioni ha bensì la facoltà di alienarla in pendenza delle medesime, ma a fronte di questa alienazione può il creditore proseguire negli atti esecutivi sulla cosa ipotecata, nello stesso modo come se non fosse stata alienata* (1) ».

Se il pignoramento fosse inutile dove ci ha una ipoteca inscritta, il debitore potrebbe liberamente alienare lo stabile ipotecato in qualunque stadio dell'esecuzione, e il creditore dovrebbe ricominciare la sua azione contro il nuovo possessore, come quegli che essendo proprietario, per essere espropriato ha diritto a difendersi in un regolare giudizio (2). Ma per impedire appunto che il debitore non deluda il creditore esecutante, fu ordinato il pignoramento, e a questo si attribuì l'effetto particolare d'impedire l'alienazione del fondo oppignorato, e coll'alienazione si proibì implicitamente la facoltà d'ipotecarlo, di consumarlo o guastarlo.

Nè questa interpretazione è cosa nuovissima; perciocchè Winiwarter ed Amati ci esibiscono l'aulico Decreto 12 ottobre 1790 che dice: anche la sentenza proferita sopra un libello esecutorio corredato da una carta

(1) A questa corrisponde la Notificazione 18 giugno dello stesso anno del Governo veneto.

(2) Superiori §§ XLVI e LVII.

l'obbligo *già inscritta* e rispettivamente ipotecata sui fondi del debitore, dovesse nuovamente essere annotata nei pubblici registri delle ipoteche, e questa inscrizione si dovesse praticare, non affinchè il creditore conseguisse il diritto di pegno che già gli appartiene, ma perchè essendo seguito il pignoramento possa continuare negli atti esecutivi (1).

E secondo la pratica vigente nessun prudente giureconsulto vorrebbe oggidì sorpassare agli ulteriori atti esecutivi, come fu proibito dai conformi giudicati 17 febbrajo 1829 del tribunale civile di Milano e 20 marzo successivo dell'Appello lombardo, riferiti dallo Zini (2).

5. La lettera del § 415 del Regolamento giudiziario ha dato luogo a dubitare, che il pignoramento non fosse punto necessario al creditore che avesse conseguito una precedente prenotazione od un' ipoteca qualunque. Il qual dubbio è accresciuto dalla dispositiva del § 441 dello stesso Regolamento, per la quale il creditore nell' esecuzione delle cose mobili a sè medesimo impegnate non è tenuto a chiederne il pignoramento, ma deve incominciare dagli ulteriori atti esecutivi.

Però questa obbiezione non regge dinanzi all'analisi accurata dell'intendimento finale del pignoramento, e al paragone tra questo e la natura del pegno, dell'Ipoteca, del pegno giudiziale e della specie di prenotazione come è considerata dal Regolamento medesimo. Abbiamo veduto pur ora che il pignoramento è necessario allo scopo di torre al debitore la libera disponibilità della cosa esecutata, di comunicarla invece al creditore o ai creditori in genere. Or bene nel pegno di cosa mobile, prima ancora di venire all'esecuzione, si hanno questi medesimi effetti: stantechè non ci ha pegno senza la tradizione della cosa al creditore; e finchè la cosa è in potere di costui, nessun altro creditore può avervi un simile diritto, e la cosa stessa è sottratta agli arbitrii del debitore, che non vi può metter mano, e non può alienarla, perchè non può consegnarla ad altri. Quindi il fatto stesso della custodia del pegno di cosa mobile, equivale praticamente al pignoramento (3). Ora si vede quanto sia diverso il caso dell'esecuzione d'uno stabile, e quindi d'una semplice ipoteca. Il creditore ipotecario ha bisogno del pignoramento, perchè colla sola ipoteca non possiede il fondo, e non può per essa impedire al debitore d'alienarlo o deteriorarlo. Diverse sono le disposizoni dei citati §§ 415 e 441, poichè l'uno suppone l' esecuzione dello stabile ipotecato e l'altro l'esecuzione del pegno mobile. Rimane dunque escluso tra di essi per ora qualunque analogia.

Superato quell'ostacolo rimane quest'altro : che la lettera del § 415 sem-

(1) Winiwarter, *Dir. civ. austr.* tom. 2, § 149. sotto il § 461 del Cod. civ. Amati, *Manuale*, al § 415 del Reg. giudiziario.

(2) Zini, *giurispr. pratica.* vol. IX, par. 1 pag. 206.

(3) Winiwarter, *Dir. civ. austr.* tom. 2 § 149, sub § 461 del Cod. civ.

brerebbe dispensare dal pignoramento ogni volta che il creditore esecutante avesse ottenuto dapprima un diritto reale colla prenotazione o in un altro modo. Ma per sciorre questo nodo più avviluppato bisogna prima cercare cosa si debba intendere per pegno giudiziale.

Abbiamo veduto nel § IX, num. 2, che questo pegno ha due attributi: per l'uno in riguardo agli stabili contiene un diritto reale d'ipoteca; per l'altro poi riceve la sua specifica differenza dall'essere accompagnato coll'effettivo possesso dello stabile medesimo da parte del creditore e per opera del giudice: *nisi ventum fuerit in possessionem.*

Per questo secondo attributo il pegno giudiziale si differenzia dall'ipoteca e dal pegno pretorio insieme, perchè aggiunge ai vantaggi dell'ipoteca quelli del sequestro, cioè l'impedimento reale alla disponibilità del dominio. Di conseguenza s'assomiglia piuttosto al vero pegno di cosa mobile, il quale per sè medesimo è un diritto reale come l'ipotecario, e di più colla detenzione materiale della cosa impegnata impedisce al debitore di disporne in qualsivoglia modo. Questa identità di natura fu avvertita da Saliceto, nel passo riferito da Menochio: *Secuto ingressu et illo mediante, quædam quasi traditio ex eo ingressu provenit.. et hæc quasi traditio operatur ut res, quæ simpliciter hypothecata erat, nunc transeat in pignus* (1).

Constatati questi due attributi essenziali nel pegno giudiziale, e accertando pure che la legge dei §§ 415, 416 e 417 dello stesso Regolamento vuole che qualunque esecuzione di stabili sia preceduta da un pegno giudiziale, non è difficile l'interpretare la legge cercando in quali diversi modi possa il creditore ottenere il pegno giudiziale.

Il § 415 è difficile all'interpretazione, perchè allude a tutti i casi possibili dell'esecuzione immobiliare Ma con questa sineresi se ha perduto in chiarezza, ha però conservato la nostra legge una somma precisione di termini: come si può vedere dall'analisi dei singoli casi in quel § contenuti. Può chiedere l'esecuzione d'uno stabile chi non ha sopra il medesimo alcun diritto d'ipoteca, ed allora la legge dice semplicemente che il giudice gli dovrà accordare il pignoramento, ossia farà decreto acciocchè in conformità della sentenza o convenzione giudiziale gli si costituisca secondo la pratica del luogo il pegno giudiziale. Avrebbe perciò il creditore per la natura di questo pegno e il diritto reale d'ipoteca, e l'impedimento reale del sequestro.

Se il creditore che s'avanza all'esecuzione prima della sentenza non avesse avuto un'ipoteca, ma un semplice sequestro, o pignoramento, o pegno pretorio, che si voglia dire, col fatto della sentenza quell'impedimento reale diverrebbe un vero pegno giudiziale, secondo la dottrina e la pratica degli antichi riguardo al pegno pretorio: perocchè nel citato

(1) Menoch. *de adipisc. poss.* remed. 8. n. 125. Müller, *in notis ad Struvium, syntag. jur.* lil. *qui potiores.* thes 42, nota 4.

§ IX num. 3 e 4, abbiamo veduto che col *primo decreto* otteneva il creditore il semplice impedimento reale, ma col *secondo decreto*, cioè in seguito alla liquidazione giudiziale della sua pretensione creditoria e personale, il pegno pretorio diventava pegno giudiziale, s'arrichiva della virtù ipotecaria, e quindi la somma di questi due impedimenti, dell'ipoteca e del sequestro, produceva la terza specie del pegno giudiziale (1). E a questo secondo caso allude pure il succitato § 415 dove stabilisce quell'eccezione, che è materia della proposta obbiezione; dove cioè esentua il creditore dal domandare il pignoramento quando *lo avesse conseguito colla precedente prenotazione o in altro modo*. Or si concentri l'attenzione sopra questo luogo; perchè coll'interpretazione di quest'ultima proposizione vogliamo escludere l'assunto contrario: che un creditore che avesse ottenuto in precedenza una *prenotazione ipotecaria*, od una semplice ipoteca qualunque, sia esentuato dal cominciare l'esecuzione col pignoramento. Poichè in quest'ultimo caso sosteniamo che il creditore ha bisogno e dovere d'impetrare dal giudice l'impedimento del sequestro, ossia ciò che è tutt'uno, il pignoramento, senza del quale non potrebbe aver ottenuto il pegno giudiziale, che risulta dall'ipoteca e dal sequestro, e non potrebbe quindi, secondo i §§ 416 e 417 dello stesso Regolamento, procedere agli ulteriori atti esecutivi.

Noi diciamo che il § 415 colla parola prenotazione non allude alla prenotazione ipotecaria, tal quale è definita nel § 453 del Codice civile, ed è regolata nella legge 27 e 28 aprile 1824. Perocchè il Regolamento giudiziario di molto anteriore a quelle leggi, non poteva alludervi; e quindi le sue espressioni non possono essere interpretate con quelle di leggi posteriori. Egli è d'altronde assai pericoloso, anzi un erroneo partito quello d'assumere la parola *prenotazione* in quel senso specialissimo; prima di tutto perchè la prenotazione ipotecaria è diversa affatto dal pignoramento, essendo quella attributiva d'un ipoteca, e questo d'un impedimento alla libertà del disporre; in secondo luogo perchè fin'anco nello stesso Codice civile, al § 812, si adopera la parola prenotazione come nome generico d'una iscrizione, non nei registri delle ipoteche, ma negli atti giudiziarii d'una ventilazione ereditaria; in terzo luogo perchè nello stesso Regolamento non trovo § che alluda alla prenotazione ipotecaria; ma se da una parte nei §§ 140, 143, 144, 414, 418, 422 e 427 la si adopera nel senso promiscuo d'inscrizione ipotecaria, dall'altra la si assume nel senso d'iscrizione di pegno giudiziale nel § 411, e specialmente poi nel senso di pegno pretorio o sequestro nel § 384 dello stesso Regolamento, che è l'ultimo § dei capitoli risguardanti i sequestri. Ben potrebbe dubitarsi che per le espressioni sue questo § alluda alle prenotazioni della proprietà e dei crediti, che sono pure regolate nei §§ 438, 439 e 453 del Codice civile: ma siccome *incivile est nisi tota lege*

(1) Vol. I. pag. 216.

perspecta, senza riguardare all'insieme delle disposizioni d'un Codice sistematico, l'interpretare un articolo: siccome quel § chiude i capitoli dei sequestri, e delle cautele provvisionali, e specialmente per ciò che riguarda il caso nostro, si dee dire che quel § abbia per ragione efficiente il § 378 ove si dice che si possono sottoporre a *sequestro* le cose del debitore nel caso che questi si fosse reso sospetto di fuga per causa d'insolvenza; e di più, siccome le parole della legge si devono interpretare in senso proprio, come la parola *sequestro* in questo ultimo §, e si deve adottare una interpretazione che concilii l'una coll'altra legge, quindi noi diremo che il § 415 esiga nel caso proposto che il creditore avesse ottenuto prima della sentenza una *prenotazione* di pignoramento ossia di sequestro, e non una prenotazione d'una semplice ipoteca. Oltre di che ci sembra assai conchiudente l'espressione letterale dello stesso § 415 che non dice solo: se il creditore avrà ottenuto una precedente prenotazione; ma invece disse se avrà ottenuto un precedente pignoramento colla prenotazione od in altro modo. Ora non è stabilito da alcuno che il pignoramento sia identico alla semplice ipoteca. Il § 415 e i seguenti sembrano identificare il pignoramento al pegno giudiziale, e lo possono ogni qualvolta sia susseguito o preceduto da sentenza o convenzione giudiziale; ma nessun'altra legge l'uguaglia alla semplice ipoteca, che di sua natura non implica l'impedimento alla libertà del dominio.

Questo impedimento è dunque la prima e indeclinabile pratica esecutiva: senza di esso nessuna espropriazione potria condursi a fine sicuro: perchè il debitore colle subite alienazioni impedirebbe al creditore di sottoporre ad amministrazione lo stabile, e percepirne i frutti, d'assicurarne al deliberatario o a sè medesimo assegnatario del fondo medesimo il pacifico possesso. Costituisce dunque una necessità pratica, che nel Diritto romano e nel Diritto francese abbiamo veduto ampiamente riconosciuta. Non è dunque presumibile che l'autore del Regolamento giudiziario avesse voluto prescindere dalla medesima. Ma egli ha voluto un pignoramento, sia prima, ovverosia dopo la sentenza: non diversamente da ciò che richiedevasi presso la giurisprudenza intermedia, nella quale costumavasi, secondo che riferisce Neguzanzio, che il creditore ipotecario senza dar mano all'ordinaria azione chiedesse al giudice: *se immitti in possessionem ex primo decreto; per quod constituitur pignus prætorium* (1).

Nè si vorrà dire che le leggi antiche, e tanto meno poi la legge austriaca, avessero esentuato il creditore da questa pratica, per l'antica proibizione d'alienare o d'ipotecare la cosa litigiosa (2): e quindi egli fosse abbastanza protetto, senza aver bisogno del pignoramento, contro gli

(1) Neguzant. *de pignor.* par. 5, mem. 2 num. 27.

(2) Leg. 1. § ult. Dig. *quæ res pignor.* leg. 17. Dig. *de rei vindicat.* leg. 1 Cod. *de litigios.* M. Merlin *de pignor.* lib. 2, tit. 1. quæ. 57, n. 1-6. De Olea, *de cess, act.* tit. 3. quæ. 11, n. 2 Voet, *in pand*, tit. *quæ res pignor.* n. 2.

arbitrii del debitore o possessore convenuto in giudizio coll' ipotecaria; prima di tutto perchè quella proibizione non fu osservata nelle leggi antiche se non in riguardo all'azione vendicatoria (1), e nelle nostre leggi non fu conservata nemmeno per l'ipotecaria nel senso che l' attore deve riproporla contro il successivo possessore, se prima non si è assicurato col pignoramento. Brunneman pur dicea del Diritto comune: *sic etiam per hypothecariam actionem res ipsa obligata non redditur litigiosa* (2). E Mercuriale Merlino si avanza con dire che la cosa ipotecata non diventa litigiosa che dopo il pegno giudiziale: *videlicet quotiescumque ad ipsum decretum esset deventum,* cioè quando il decreto del giudice fosse stato effettivamente eseguito. *Unde secus,* soggiunge, *foret dicendum, quando lata fuit jam sententia in personali, vel relaxatum a judice fuit executivum mandatum contra bona debitoris, et ante ejus consumationem, vel antequam ad alium actum apprensivum fuit processum, debitor vendidit bona aliqua etiam fraudolenter, et malo animo, scilicet evitandi executionem sententiæ, hoc quidem, casu non posset creditor procedere contra tertium illum emptorem.... sed est prius agendum revocatoria, seu alia via ordinaria* (3).

§ LIX.

Nell' istanza del pignoramento déve il creditore precisare l' identità del fondo da oppignorarsi, e la sentenza o la convenzione giudiziale in base alla quale domanda l' esecuzione. Il giudice dovrà mediante decreto, e secondo la pratica del luogo concedere il pignoramento, con ordine all' ufficio delle ipoteche competente di trascrivere il decreto medesimo. Nel caso che l' immobile fosse situato nella giurisdizione di un altro giudice, dovrà questi dare immediata esecuzione alle lettere requisitoriali, che gli verranno dirette dal giudice a tal effetto, colla maggior sollecitudine.

Arg. dai §§ 411, 413 *e* 415 *del Regolamento giudiziale; dagli articoli* 675-678 *del Codice italico di procedura civile; dal Decreto italico* 26 *giugno* 1810; *dalle Circolari* 14 *settembre* 1815 *dell' Appello veneto,*

(1) Holoman, in leg. 2. Cod. *de distract. pignor.*

(2) Brunneman, *de cess. action.* cap. 4, n. 6, ove cita la Novella 112, cap. 1.

(3) Merc. Merlin. *de pignor.* lib. 1, tit. 3, quæ. 18, n. 19.

e 21 gennajo 1817 dell' Appello lombardo; dagl' art. 52 e 53 dell' aulico Decreto 4 marzo 1823: dall'aulico Decreto 9 maggio 1828, e dai §§ 9, 50, 51 e 65 della Norma di giurisdizione 2 novembre 1853.

SOMMARIO.

1. A qual giudice si chiede, e da qual giudice si manda ad effetto il pignoramento.
2. Come deve eseguirsi il pignoramento. Esame delle leggi relative.
3. Dell' inscrizione del decreto che l'acconsente: sua necessità pratica.
4. Della assunzione e della trascrizione del processo verbale del pignoramento.
5. Come deve chiedersi il pignoramento.
6. Se l' inscrizione del medesimo debba essere rinnovata per impedire la prescrizione decennale.

1. Stabilita la necessità e la natura del pignoramento, considerato come preambolo dell'esecuzione ipotecaria, proseguiamone la trattazione, cercando quali sieno le pratiche acconcie ad ottenerlo, e gli effetti pratici che da esso conseguono.

Domandiamo dapprima a qual giudice lo si debba chiedere. E risponde per noi il § 65 della nuova Norma di giurisdizione (1), che il primo grado dell'esecuzione dee sempre chiedersi a quel giudice, da cui fu proferita la decisione di prima istanza, od innanzi al quale fu conchiusa la convenzione suscettibile di esecuzione. Ma può accadere che il fondo sul quale si chiede l' esecuzione, e quindi il pignoramento, giaccia in un territorio diverso da quello assegnato alla giurisdizione di quel giudice. In tal caso il § 9 della stessa legge porrebbe una limitazione, con questa regola: « ogni giudizio ha diritto di dare esecuzione da sè ai proprii ordini, entro il suo circondario giurisdizionale » e nel seguente § 10, si aggiunge: » il giudice non può intraprendere da sè alcun atto di giurisdizione fuori del circondario del proprio ufficio; ma i giudizii di altri circondarj giurisdizionali sono tenuti, dietro istanza del giudice, presso cui trovasi pendente l'affare, ad eseguirne le disposizioni ».

Quindi deesi osservare in pratica questo esatto corollario, che il § 51 della stessa Norma deduce in questi termini: « l'assunzione di tutti gl atti reali, come sono.... l'effettuazione del sequestro, il pignoramento dei frutti non ancora staccati, la stima e la subasta, spetta a quella pretura, o riguardo agli stabili nella periferia assegnata alle città ove risiedono tribunali provinciali, a quel tribunale provinciale nel cui circondario è situato l'immobile.

Analoga è pure in questo argomento la disposizione del § 415 de

(1) Pubblicata colla sovrana Patente 2 novembre 1853, Ellinger, *Manuale del Dir. civ. austr.* § 461.

Regolamento giudiziario, che noi abbiamo trascritto nell'ultimo periodo del nostro §, come quella che è redatta in termini più speciali alla materia del pignoramento.

Ad una pretura urbana, che avesse proferita una sentenza in azione personale creditoria, si dovrà domandare l'esecuzione: ma potrà ella mandare ad effetto il pignoramento sullo stabile situato nella periferia della città stessa, ove ella si trova? Diciamo di no, perchè i termini del § 65 della succitata Norma sembrano abbastanza espliciti: « *le preture urbane*, vi si dice, *sono bensì autorizzate ad intraprendere* l'esecuzione sui mobili, ma non quella sugli immobili ».

Così, per rovescio, il tribunale provinciale non sarà competente ad intraprendere l'esecuzione sopra stabili situati fuori della periferia della città nella quale risiede (1).

2. Come deve chiedersi, e come deve praticarsi l'atto di pignoramento? Cominciamo dalla seconda ricerca. Il Regolamento giudiziario nei §§ 411, 413 e 415 distingue: se il pignoramento riguarda i frutti o le rendite d'uno stabile, o se piuttosto i frutti o le entrate d'un capitale ipotecato, ovvero lo stabile medesimo. Nel primo caso dispone che il giudice dovrà ad istanza del creditore accordargliene il pignoramento, e ad un tempo ordinare che la sentenza o convenzione sia notata nei pubblici registri, *o altrimenti provveduto nel modo prescritto per ottenere un diritto reale*, e sia destinato un sequestratario per l'esazione di questi frutti o redditi (§ 411). Nel secondo caso dispone lo stesso, salvo che la destinazione del sequestratario non è necessaria, ma oltre l'annotamento e *quegli altri modi prescritti per ottenere un diritto reale*, basterebbe la denuncia a quegli che ha da fare il pagamento (413). Nel terzo caso dispone col § 415 che il giudice faccia decreto, acciocchè in conformità della sentenza o convenzione giudiziale si trasferisca nell'attore il diritto reale, cioè si costituisca *secondo la pratica del luogo* il pegno giudiziale.

In tutti questi casi il pignoramento e il pegno giudiziale si eseguiscono secondo la pratica del luogo. Egli è questo uno dei pochi casi ove la legge austriaca ha deferito alla consuetudine locale.

Prima dell'attivazione del Regolamento vigeva nelle provincie lombarde il Diritto comune, il quale, come dissimo nel § IX n. 3, e nel § LVIII num. 5, richiedeva l'accesso e la descrizione giudiziale del fondo oppignorato. La pratica posteriore fu determinata dal Codice di procedura civile del cessato Regno d'Italia, il quale nell'articolo 675 disponeva: che il processo verbale di pignoramento dovesse contenere, oltre le formalità communi a tutte le citazioni, l'enunciazione della sentenza o del documento esecutivo, l'accesso dell'usciere sui beni pignorati, la designazione esterna

(1) Così fu giudicato col decreto 24 marzo 1854 del Tribunale provinciale di Bergamo, confermato col decreto appellatorio 27 aprile successivo. Gazzetta de' tribunali di Milano, an. IV, 1854, num. 68.

dei medesimi, cioè se una casa, enunciandone il circondario, il comune, la contrada e i confinanti; se sono fondi rustici, enunciandone i fabbricati se ve ne sono, la natura e la qualità almeno per approssimazione di ciascun pezzo di terreno, due per lo meno dei confini, il nome dell'affittuario o colono, il circondario e il comune, in cui sono situati. Qualunque poi sia la natura dei beni, il processo verbale dovesse contenere inoltre i numeri e il valor censuario di ciascun fondo pignorato, l'indicazione del tribunale che deve conoscere del pignoramento, e finalmente la costituzione di un patrocinatore, presso del quale s'intende eletto di diritto il domicilio del creditore. Nell'articolo 676 aggiungevasi che, prima della registrazione del pignoramento, si dovesse rilasciare copia intiera del processo verbale ai cancellieri dei giudici di pace, ed ai podestà e sindaci dei comuni, ove è situato lo stabile pignorato, qualora si trattasse di una casa; se si trattasse di poderi, a quelli rispettivamente del luogo, in cui esistono i fabbricati, e se non ve ne fossero, agli officiali dei luoghi ove è quella parte di beni, che, secondo l'estimo censuario, risulta di maggior valore. I podestà o sindaci e cancellieri apponevano la vidimazione all'originale del processo verbale, nel quale si faceva menzione delle copie che fossero state rilasciate. Per l'articolo 677 l'atto di pignoramento di stabili dovea trascriversi nel registro a ciò destinato presso l'ufficio delle ipoteche del luogo, ove sono situati i beni per quella porzione di stabili pignorati che trovansi nel circondario.

Questa trascrizione praticavasi nel registro ordinario delle trascrizioni; ma venne il Decreto 26 giugno 1810 a sostituirvi un registro apposito, e a prescrivere, che gli atti di pignoramento dovessero essere trascritti per intiero, e non per note od estratti, insieme alla menzione della denunzia fatta del pignoramento medesimo al debitore. Nell'articolo 678 dello stesso Codice di procedura aggiungevasi ancora che, se il conservatore delle ipoteche non avesse potuto procedere alla detta trascrizione nell'istante in cui gli era presentato l'atto, dovesse far menzione sull'originale che gli vien lasciato, del giorno e dell'ora, del mese ed anno della presentazione; ed in caso di concorrenza, il primo presentato dovesse essere considerato come il primo trascritto.

Sopravvennero altre leggi austriache, delle quali ci giovi fare menzione. La Circolare 14 settembre 1815 dell'Appello veneto, nel riflesso che alcuno dei conservatori delle ipoteche ha creduto, col pretesto di mancanza di positive instruzioni, di non potere prestarsi alle ricerche dei giudici e tribunali per l'annotazione nei pubblici registri degli atti contemplati dai §§ 411, 413 e 415 del nuovo Regolamento giudiziario, e ritenendosi che in forza delle citate disposizioni furono realmente in questa parte innovati i regolamenti sussistenti nella materia delle ipoteche, viene ordinato ai medesimi di eseguire senza ritardo tutte le ricerche che in via officiosa loro pervenissero dall'autorità giudiziaria per le annotazioni da farsi dipendentemente dai citati §§, *osservando nel rimanente quanto alla forma le prescrizioni sino ad ora in corso.*

Presso l'Appello lombardo fu proposto il dubbio se, come e quali atti dovessero riportarsi al registro delle ipoteche a senso del § 415 del Regolamento giudiziario per far constare del pignoramento degli stabili, per tutti i corrispondenti effetti di ragione: e quell'alta magistratura colla Circolare 21 gennajo 1817, presi gli opportuni concerti col governo, risolvea che « nell'ancor vigente sistema ipotecario non basta la trascrizione all'ufficio delle ipoteche del decreto del giudice, con cui è accordata l'esecuzione sul fondo, mentre si esige per trasferire il pegno giudiziale che l'esecuzione sia eseguita effettivamente, e quindi fa d'uopo riportarvi l'atto d'oppignoramento, in cui sia precisata l'identità del fondo appreso. Sarà pertanto dovere del giudice di ricercare di caso in caso, senza ritardo, il conservatore delle ipoteche competente, a trascrivere non solo il decreto che accorda l'esecuzione, ma l'atto stesso del pignoramento, tosto che gli viene presentato dall'esecutore; ed il conservatore sarà tenuto a trascriverlo immediatamente di conformità al prescritto del § 415 del Regolamento. I giudici dovranno portare tutta la vigilanza sopra le persone incaricate dell'esecuzione, perchè non abbiano queste a ritardare o posticipare i pignoramenti ordinati, ed a riferire le loro relazioni di esecuzione, le quali dovranno essere fatte secondo la pratica del luogo ».

Questa ordinanza col prescrivere che nell'atto di pignoramento dev'essere *precisata l'identità del fondo appreso*, sostituì una norma razionale ed equitativa al rigorismo delle forme volute dal succitato articolo 675 del Codice italico di procedura civile, che faceva tanto difficile e dispendiosa la procedura esecutiva di quei tempi.

Questa semplificazione fu poi portata all'estremo termine col Decreto aulico del Senato lombardo veneto, 4 marzo 1823 (1), che nell'articolo 52 pose fuori di vigore la surriferita Circolare dell'Appello lombardo ordinando che « siccome i fondi da oppignorarsi si devono descrivere nell'istanza di pignoramento, nè la legge prescrive nessun atto solenne di apprensione, cesserà l'uso dei così detti processi verbali che, stendono i cursori nei casi di pignoramento di stabili, ed immissioni in possesso ».

3. Però per quest'ultima legge non si potrebbe veramente dire abrogata del tutto la suddetta Circolare dell'Appello lombardo, o si potessero ritenere per inutili le formalità ivi prescritte. Avvegnachè questo Decreto aulico non derogò alle leggi che sono anteriori a quella Circolare, e non abolì espressamente tutto il suo contenuto.

Il pignoramento secondo quelle leggi anteriori si dovea eseguire con due generi di pratiche: l'uno risguardante l'inscrizione ne' registri ipotecarii del decreto che concede il pignoramento; l'altro comprende le pratiche per l'assunzione e la trascrizione negli stessi registri del processo verbale del pignoramento preso effettivamente sul luogo.

(1) Pubblicato coll'Ordinanza 2 aprile 1823 dall'Appello lombardo.

Circa la prima formalità il Senato lombardo veneto con quella legge non disse parola. Ed oggidì non si può dubitare della sua necessità pratica, prescindendo da alcuna legge posteriore che esamineremo in appresso, anche in vista delle precise prescrizioni dei §§ 411, 413 e 415 del Regolamento giudiziario, i quali una siffatta inscrizione positivamente richiedono. E siccome essi in riguardo ai modi di ottenere il pignoramento deferiscono alle costumanze locali, e queste furono nel nostro sistema ipotecario determinate dalle leggi italiche; ci crediamo autorizzati a credere tuttavia in vigore gli articoli 675, 677 e 678 del Codice di procedura civile, e il Decreto italico 26 giugno 1810, nei termini coi quali li abbiamo superiormente trascritti: avuto riguardo al temperamento introdotto dalla succitata Circolare dell'Appello lombardo, 21 gennajo 1817, circa il precisare l'identità del fondo appreso: in quanto che il posteriore aulico Decreto 4 marzo 1823 non avrebbe messo fuori di vigore questa declaratoria in questo riguardo, ma soltanto in quello della trascrizione del processo verbale del pignoramento, di cui noi per ora non parliamo.

Circa la necessità razionale di questa pratica, dopo quello che abbiamo detto nel § precedente per l'interpretazione del § 415 del Regolamento giudiziario, non credo che abbisognino altri argomenti di persuasione, se non in ciò, che avendo ivi stabilita la necessità del pignoramento da aggiungersi alla preesistente ipoteca, qui vogliamo stabilire l'eguale necessità di aggiungere all'inscrizione dell'ipoteca anche l'inscrizione del pignoramento consecutivo. Conciosiachè l'inscrizione dell'ipoteca è destinata soltanto alla pubblicità dell'ipoteca stessa, ossia di quel diritto reale che non impedisce al debitore e possessore la libera disponibilità del suo possesso. Ma siccome il pignoramento ha la speciale funzione di impedire ciò, così interessa vivamente a chiunque vuol contrattare col possessore di conoscere questo impedimento cagionato dal diverso momento d'esistere delle ipoteche inscritte, cioè nell'atto appunto che, venendo all'efficienza giuridica, producono quell'importante limitazione. Non si vorrà dire per avventura che nel transitorio nostro sistema ipotecario solo le ipoteche pure e semplici si debbano inscrivere, e che solo al sistema tavolare è dato di descrivere l'universa natura e tutte le modificazioni della proprietà fondiaria, e che il Regolamento giudiziario coi §§ 411-415 alludesse piuttosto al sistema tavolare, che non al nostro. Perocchè prima di tutto si risponde mostrando in via di fatto come nel sistema francese, dal quale il nostro è figliato, il pignoramento esecutivo dell'ipoteca deve appunto inscriversi nei registri ipotecarii. In secondo luogo, e in linea di ragione speculativa si deve avvertire che quantunquevolte la causa della pubblicità fondiaria è possibile praticamente, si deve accuratamente assecondare, promuovere e sviluppare. In ultimo luogo la stessa legge positiva, che vi si appone, esclude l'accusata inapplicabilità deferendosi ella circa la possibilità di stabilire la realità, e quindi la pubblicità dei pignoramenti, ai modi usitati in pratica, e questa fu per noi veduta essere stata

determinata in queste provincie dalle leggi francesi, che questa inscrizione espressamente comandano.

Oltrechè la natura stessa della pubblicità ipotecaria importa eziandio la pubblicità del pignoramento. In quanto non si potrebbe dire perfettamente conosciuta un'ipoteca, se praticamente non se ne potessero conoscere gli effetti. Finchè l'ipoteca è inesercitata, ella lascia la libera disponibilità al proprietario, e può quindi bastare la sua inscrizione originaria. Ma se ella viene all'esercizio, e col pignoramento toglie al possessore la libertà del dominio, i compratori e i creditori successivi devono esserne avvertiti, onde non soccombere sotto gli atti esecutivi intrapresi dal creditore inscritto (1).

4. Lo stesso aulico Decreto 4 marzo 1823 avrebbe abolito l'uso dei processi verbali che stendevano i cursori nel caso di pignoramento di stabili ed immissioni in possesso, ed in questo riguardo avrebbe messo fuor di vigore la sullodata Circolare dell'Appello lombardo.

Però dobbiamo rimarcare la ragione formalmente apposta a preambolo di questa deroga. » Siccome, sono parole di quel Decreto, siccome i fondi da oppignorarsi si devono descrivere nell'istanza di pignoramento, nè la legge prescrive verun atto solenne di apprensione, cesserà l'uso ecc. » Finchè, diremo pur noi, quel processo verbale si assumesse allo scopo di identificare il fondo, siccome questo scopo si raggiunge in un'altra guisa, nell'istanza cioè di pignoramento, così come formalità inutile si deve risparmiare, e nell'interesse dell'espropriato si deve proscrivere. Ma qui finisce la legge: i suoi limiti sono fissati dalla sua ragione indubbiamente constatata colle sue stesse parole: tanto più in materia di deroga, che è ristretta sempre nell'oggetto propostosi dal Legislatore (2).

Ma l'assunzione e la trascrizione di quel processo verbale possono essere necessarie ad altri fini.

Nella trattazione del § XLVI abbiamo veduto come l'ipoteca s'estenda di sua natura alle accessioni, pertinenze, istromenti, frutti e migliorie del fondo, sul quale è inscritta. Abbiamo veduto che fino a quando l'ipoteca è inesercitata, il proprietario rimane assoluto signore dell'economia del fondo medesimo, e che può quindi manometterlo e distrarre le pertinenze, che non sono immobili se non in quanto si trovano sul fondo; e infine che per stabilirle e fissarle col fondo per l'utilità dei creditori,

(1) Una disastrosa eccezione fu stabilita a questa pubblicità in riguardo ai pignoramenti fiscali, dapprima pel silenzio significativo tenuto dalla sovr. Patente 18 aprile 1816, poscia per l'aulico Decreto 3 agosto 1830, pubblicato dall'Appello lombardo colla Circolare 18 agosto 1830, e dall'Appello veneto colla Circolare 17 agosto dello stesso anno; il qual Decreto anzi proibiva ai Conservatori d'inserivere i pignoramenti suddetti, e comandava di prestarsi soltanto a quelli che fossero ordinati dall'autorità giudiziaria.

(2) Arg. dalla sovr. Patente 1 giugno 1811 promulgatrice del Cod. civ. gen. austr.

e per impedire che il possessore le distragga o consumi in loro danno, ci ha bisogno del pignoramento. In altri termini: siccome ed in quanto queste pertinenze non sono tali, se non per la volontà del proprietario, il creditore non può affettarle stabilmente coll'ipoteca, se non quando col pignoramento viene ad impedire la libertà del proprietario.

Ora è tempo di domandare in qual modo si possa praticare con effetto questo apprendimento esecutivo delle accessioni e delle pertinenze del fondo.

Il Regolamento giudiziario prescrive coi §§ 411, 413 e 415 che il pignoramento dei frutti e delle rendite d'uno stabile dev'essere praticato coll'inscrivere nei pubblici registri la sentenza o convenzione e il decreto del pignoramento, o provvedere in quegli altri modi, che fossero prescritti secondo la pratica del luogo, per ottenere sopra di essi un diritto reale. Ma resta ancora a vedere se l'inscrizione del pignoramento, ove è precisato soltanto l'identità dello stabile, senza alcuna descrizione o menzione de'suoi accessorii e delle sue pertinenze, basti a quell'uopo.

I suddetti §§ e specialmente i §§ 411 e 412 sembrano darci un criterio abbastanza netto per decidere; poichè prescrivono che nel pignoramento dei frutti e delle rendite d'uno stabile si debba destinare un sequestratario per l'esazione di esse, da scegliersi di consenso delle parti, ovvero del giudice nel caso non s'accordassero le parti; nel mentre che quando si tratta del pignoramento de' frutti d'un capitale basterebbe pel § 413 la notifica al debitore del capitale medesimo. Quindi crediamo d'inferire, non esser veramente necessaria l'inscrizione del pignoramento, se non per impedire la distrazione dello stabile; ma, quando occorre di sottrarre gli accessorii, i frutti e le pertinenze dello stabile agli arbitrii del possessore, devesi nominare un sequestratario, il quale concentrerebbe nelle proprie mani l'amministrazione del fondo.

Per questo noi ci mettiamo nell'esatta osservanza del succitato Decreto aulico, che avrebbe disconosciuta la necessità di un qualunque atto solenne di apprensione, nel senso materiale: non però avrebbe disconosciuto l'utilità o la necessità della nomina del sequestratario, e diniegatogli il libero esercizio della sua mansione, coll'essere introdotto sul fondo, od investito dell'amministrazione di esso, in base ad un processo verbale di consegna, se almeno così interessa alle parti per guarentirsi alla loro volta da' suoi arbitrii.

Però e la nomina del sequestratario, e il processo verbale della assunzione di sua amministrazione non devono apparire dai registri ipotecarii, perchè la sua presenza in luogo può sufficientemente guarentire i terzi dagli atti illegali del proprietario interdetto da quell'amministrazione. Concludiamo dunque che basta l'inserizione dell'istanza e del decreto di pignoramento, senza la trascrizione di questo processo verbale.

5. Ora ci domandiamo come può il creditore chiedere e praticare il pignoramento, ossia come dev'essere modulata la sua istanza, e in quali modi deve ottenere l'inscrizione del decreto di pignoramento. Risponde il Decreto aulico 9 maggio 1828 (1), col quale il Senato lombardo-veneto, onde introdurre un metodo uniforme e sollecito in proposito, determinò 1. che le disposizioni dei §§ 3. 7. 8 e 9. della Notificazione 27 aprile 1824 relativa alle prenotazioni (2), saranno osservate anche nei casi dei decreti esecutivi di pignoramento, come in ogni altro caso, in cui si rilascia un decreto sopra istanza di parti, che debba essere inscritto presso l'ufficio ipotecario; 2. che il giudice, che accordò il decreto, sia o no situato l'immobile nel suo distretto, farà quindi intimare all'instante i due esemplari della sua domanda giusta il § 8, e sul decreto attergato avviserà la parte di provvedere all'esecuzione del medesimo, presso il competente ufficio ipotecario verso il pagamento delle tasse occorrenti; 3. che il conservatore eseguirà, dietro la produzione dei due esemplari, il disposto del § 9 della suddetta Notificazione, e sarà debito dell'istante, volendo procedere ad atti ulteriori, di giustificare la seguita inscrizione dell'anteriore.

Fra queste pratiche non si fa cenno di quella voluta nell'art. 681 del Codice italico di procedura civile, e nell'art. 5. del Decreto italico 26 giugno 1810 di trascrivere insieme o in margine all'inscrizione del pignoramento anche la menzione della denuncia da farsi al debitore circa l'atto del pignoramento: o in altri termini sembrerebbe per analogia che si dovesse nell'iscrizione del pignoramento menzionare l'intimazione fatta al debitore del decreto esecutivo inscritto. Tuttavia il silenzio osservato in proposto dal suddetto aulico Decreto è giustificato da una ragione sufficiente per escludere questa pratica. Perchè non v'ha veramente un'analogia tra l'inscrizione del pignoramento, tal quale si usa da noi, e la trascrizione del processo verbale, che da noi non si pratica, e che è supplito dalla nomina del sequestratario. D'altronde questa intimazione è fatta d'ufficio per cura dello stesso giudice, a differenza del Diritto francese ed italico, nel quale si pratica per cura delle parti.

Sarà però dovere al creditore di stilizzare il conchiuso della sua domanda di pignoramento in modo che il decreto, e la formula da inscriversi, escludano ogni equivoco pei terzi, i quali potrebbero credere che l'inscrizione importasse un'ipoteca ordinaria anzichè un pignoramento od. un pegno giudiziale. Siccome diversa ne è la natura e diversi gli effetti conseguenti, l'inscrizione relativa deve presentarne i caratteri differenziali.

6. Se il pignoramento giudiziale, considerato come pegno pretorio, funge l'ufficio di primo passo esecutivo, resta a vedere se la sua inscrizione debba essere rinnovata dopo il decennio, supposto, come spesse volte

(1) Pubblicato però solo nelle provincie Venete, per ciò ch'io sappia, colla Circolare 20 maggio 1828 dell'Appello veneto.

(2) Vedi i nostri §§ XXXIII, XXXVI, XXXVII e XXXVIII della Parte prima.

avviene, che o per una pietosa deferenza verso i debitori, o per altre cause, il corso degli atti esecutivi si sospenda, e giacciano questi inoperosi per molti anni. La quistione fu agitata davanti ad una pretura, e al tribunal d'appello, credo di Venezia, secondo riferisce Luciano Beretta (1); e fu concordemente ritenuta necessaria la rinnovazione.

Giovanni Colini avea un credito ipotecario verso i conjugi Giuseppe Soli ed Enrichetta Giaconi: la cui inscrizione fu conservata regolarmente. Venendo egli all'esecuzione ottenne il pignoramento d'alcuni stabili, e lo fece inscrivere nel 13 dicembre 1837. Uno fra gli stabili colpiti dall'esecuzione fu venduto per la sua mezza parte dal conjuge Giuseppe Soli a Valentino Cattari nell'8 giugno 1844, e rivenduto poscia a Lodovico Armeni col contratto 15 agosto 1846. Gli eredi dell'esecutante Colini non rinnovarono l'inscrizione del pignoramento giudiziale 13 dicembre 1837; tuttavia chiesero ed ottennero la stima della suddetta mezza parte di stabile: e non trovandovisi alcun altro creditore inscritto, ne ottennero anche l'aggiudicazione a prezzo di stima il 28 novembre 1850. Indi chiamarono in giudizio il possessore Armeni, quasichè il non rinnovato pignoramento tenesse fermo ancora contro di essolui; e chiesero fosse giudicato dover egli rilasciar loro la parte di quegli stabili che apparteneva al Soli, con facoltà in essoloro di praticare la relativa intestazione in ditta propria ne' registri censuarii.

Opponea per sua difesa il convenuto, e la sua difesa veniva completata dalla pretura che sentenziò la sua liberazione: che l'inscrizione del pignoramento giudiziale, dovea a termini della sovrana Patente 19 giugno 1826 (nostro § XLIX) essere rinnovata alla scadenza del decennio; poichè quella legge parla in genere dei diritti proprii inscritti sugli immobili altrui, e non distingue l'inscrizione dell'ipoteca convenzionale dall'inscrizione comandata dal giudice, l'inscrizione del pegno giudiziale considerato come semplice ipoteca, dal pegno giudiziale considerato come primo atto esecutivo. Lasciando trascorrere il decennio senza rinnovazione, lasciarono gli attori che i terzi ragionevolmente pensassero aver eglino abbandonati spontaneamente i loro diritti.

Gli esecutanti possono, è vero, aver conservato l'ipoteca, con una sua apposita inscrizione o rinnovazione fatta in tempo utile: ma non avendo rinnovato il pignoramento, non possono aver conservato alcun effetto che da quello procedeva: quale il massimo, che vigendo esso, si potesse proseguire negli atti esecutivi, nonostante che il fondo esecutato fosse passato in mano de' terzi. In quel modo che la legge non proibisce la vendita delle cose ipotecate prima che il loro possesso venga tolto di mano al debitore col pignoramento: anzi non proibisce la vendita nemmeno dopo il pignoramento, disponendo soltanto che quella non nuoccia all'intendimento di questo: e se la legge condizionò queste limitazioni

(1) Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia, an. VII, 1854, num. 1.

scarsi allora i provvedimenti per la tutela di tutti gli interessi coesistenti sullo stabile ipotecato.

Neppure nella legislazione francese è menzionata, perocchè cogli articoli 697 e 698 del Codice di procedura civile il creditore deve egli stesso offrire un prezzo nella domanda per la vendita, allo scopo che, se non si presentassero oblatori d'un prezzo maggiore, rimanesse egli aggiudicatario per il prezzo offerto. Però il Codice processuale di Modena cogli articoli 908, 915 e 917, e quello di Piemonte cogli articoli 765-768, 770 e 773, si avvicinarono al sistema austriaco, salvo che il piemontese l'avrebbe fatta necessaria nel solo caso che il creditore scegliesse di domandare l'assegno giudiziale; invece che nella subasta esige che il creditore offra un prezzo non minore di cento volte il tributo regio, e se gli immobili non vi fossero soggetti, debba farli stimare da un perito giudiziale, e offrire un prezzo non minore di tre quarti della stima; e se non volesse offrire il centuplo del tributo annuo può a proprie spese far seguire la perizia e offrire i tre quarti della stima.

Questa diversità di pratiche tiene alla diversità organica delle procedure esecutive. Però ci resta a vedere della bontà intrinseca della nostra legge.

La stima può essere utile a più cose. Prima di tutto ad identificare e descrivere lo stabile in modo che, offrendosi alla pubblica vendita, e consegnandosi all'acquirente, non nasca alcuna contestazione sulla prestazione del complesso delle parti e delle accessioni del fondo medesimo; per la qual cosa i periti devono adoperarsi colla massima diligenza (1). Però questa formalità può essere supplita dal protocollo verbale del pignoramento, tal quale si costuma presso i francesi, colla vantaggiosa differenza che si evitano con questa ufficiale descrizione le laute propine e le spese de' periti giudiziali, che ritornano gravosissime e ai creditori e al possessore.

La stima si dice necessaria in secondo luogo per regolare la subasta e l'assegno giudiziale, perchè, come vedremo in seguito, nei primi esperimenti della subasta non si delibera il fondo, o non lo si assegna al creditore che al prezzo di stima, e quando ciò non è possibile, prima di vendere si convocano in una sessione particolare tutti quelli che possono avere interesse alla vendita. Ma anche a questo intendimento si può supplire col metodo francese, o col piemontese, nel senso di costringere il creditore ad aprire la subasta, od a chiedere l'assegno con un prezzo approssimativamente calcolato sulla rendita censuaria; tanto più che questa può correre ben davvicino al vero, perchè negli ultimi tempi è stata emendata dalle variazioni praticate sul censo antico. Si potrebbe forse replicare che per tal modo si arrischierebbe la fortuna del possessore alla sorte d'un solo esperimento di subasta. Ma anche a questo inconveniente provviddero le leggi francesi, come vedremo in principio del § seguente,

(1) Nippel, *comento* al § 296, num. 3 Cod. civ. austr.

concedendo abilità di ulteriori offerte. Con suggerire questi temperamenti non preferiremo senz'altro il sistema esecutivo francese al nostro: questo è assai più spedito, e fors'anco meno costoso; ma ambedue questi sistemi possono migliorarsi di molto, istruendosi del reciproco esempio in ciò che hanno operato di meglio. E questo meglio per noi consiste nel tutelare tutti gli interessi, e tra questi nel diminuire quanto più si può le spese dell'esecuzione, che diminuiscono l'utilità da spartirsi tra i creditori, e da restituire, se eccedente, all'espropriato.

2. Vediamo ora dei modi necessarii ad ottenere la stima. Ogni volta che il creditore, si legge nel § 416 del Regolamento giudiziario, dopo che avrà ottenuto il pegno giudiziale vorrà ulteriormente procedere negli atti di esecuzione, dovrà esso in ciascuna istanza provare quali atti esecutivi sieno preceduti.

L'istanza per ottenere la stima deve essere proposta al foro competente. La nuova Norma di giurisdizione stabilisce al § 9 la regola generale, che ogni giudizio ha diritto di dare esecuzione da sè ai proprii ordini entro il suo circondario giurisdizionale. Col § 65 della stessa legge vedemmo che il primo grado dell'esecuzione si debba chiedere a quel giudice, da cui fu proferita la decisione di prima istanza, od innanzi al quale fu conchiusa la convenzione suscettibile di esecuzione, e che le preture urbane non siano autorizzate ad *intraprendere l'esecuzione* sugli immobili. E pel § 51 della legge stessa fu stabilito, che *l'assunzione* di tutti gli atti reali, l'effettuazione del sequestro, il pignoramento dei frutti non ancora staccati, *la stima e la subasta* spettino a quella Pretura, o riguardo agli stabili nella periferia assegnata alle città ove risiedono tribunali provinciali, a quel tribunale provinciale nel cui circondario è situato l'immobile. Ma se un bene immobile è situato nel circondario di più preture, l'assunzione degli atti reali spetta a quel tribunale provinciale, nel cui circondario queste preture si trovano.

Dunque la stima deve essere intrapresa ed essere assunta per cura del tribunal provinciale, se lo stabile da stimarsi trovasi nella città, ove quel tribunale risiede, o sotto la giurisdizione di due preture diverse, che siano nel territorio del tribunale medesimo. Se lo stabile ritrovasi tutto nel territorio di una pretura forese, questa è competente all'assunzione della stima e della subasta.

Però la legge invocata escludendo le preture urbane dall'assumere gli atti esecutivi sopra gli immobili, non ha proibito che esse venissero ricercate di essi, e che li decretassero, salvo per l'effettiva assunzione di ricercare l'opera del tribunal provinciale. E questo possono fare quando la somma del credito del quale si domanda l'esecuzione non ecceda il *maximum* fissato per la loro giurisdizione.

Così fu giudicato dall'Appello lombardo in riforma del decreto 13 febbrajo 1854 del tribunal provinciale di Brescia, e del decreto 23 febbrajo 1854 della pretura urbana della città stessa; chè ambedue s'erano ri-

fiutati alla decretazione della stima addomandata. Il decreto appellatorio 17 marzo 1854, osservava in proposito: « che pel combinato disposto dei §§ 51 e 63 della Norma di giurisdizione, *l'assunzione* di tutti gli atti reali sopra beni immobili situati nel circondario della pretura urbana spetta necessariamente al rispettivo tribunal provinciale, e quindi se anche per ragion di somma, a sensi dell'art. II della Patente d'introduzione della Norma di giurisdizione, la pretura urbana di Brescia fosse divenuta competente per accordare il secondo grado di esecuzione, non poteva il tribunale di Brescia rifiutarsi di dar corso alla domanda di stima propostagli colla istanza 4 febbrajo p. p. n. 1700; che il § 63 della suddetta Norma di giurisdizione esclude la pretura urbana *soltanto dalla assunzione (Vornhame*, § 51) di atti reali esecutivi sugli immobili, ma *non già dall'accordare i passi di esecuzione* sopra gli immobili, quando, come nel caso concreto, la pretura urbana è divenuta competente per ragione di somma a sensi del succitato art. II della Patente d'introduzione, e che quindi non poteva neppure la pretura urbana in Brescia rifiutarsi di dar corso alla istanza di stima presentatale (1).

3. Il § 417 del Regolamento giudiziario dice che la stima si dee intraprendere a norma del capitolo XVII, ossia dei §§ 251-264 dello stesso Regolamento. È notevole tralle altre la disposizione del § 257, che nell'atto dell'oculare ispezione lascia libero alle parti di fare ai periti quei ricordi che esse crederanno necessarii. Conduciamo quindi il corollario che il terzo possessore condannato coll'azione ipotecaria può e deve nel proprio interesse ordinare ai periti di rilevare lo stato e il valore delle migliorie, delle quali può pretendere l'abbuono, secondo ciò che mostreremo nel discorso del § LXV.

Può interessare anche agli altri creditori ipotecarii d'intervenire alla stima, sia per sorvegliarne in genere la precisione, per suggerire e prescrivere agli estimatori la partizione in lotti delle varie parti del medesimo fondo, distintamente ipotecate ad alcuno di essi, allo scopo di sceverare l'una ipoteca dall'altra, come cadenti sopra cose diverse. Nella procedura esecutiva del concorso, coi §§ 94, 95 e 96 del Regolamento giudiziario loro si concede appunto questo diritto, dovendosi rendere intesi del giorno, dell'ora e del luogo destinato alla stima, affinchè avendo eglino eccezioni da fare contro la persona dei periti, possano venire dal giudice sostituiti degli altri. E di più devono i periti descrivere e stimare il fondo in genere e per intero, come ancora nelle sue singole parti, e sopra ciascuna di queste stime è facoltativo a ciascun creditore presente di dare ricordi ai periti.

Però se queste prescrizioni si devono esattamente osservare nel caso

(1) Gazz. dei trib. di Milano, an. 4, 1854, num. 121, pag. 485. Giorn. di giurispr. prat. di Venezia, an. VII, 1854, num. 18, pag. 360.

d'un giudizio di concorso, non si possono allegare in occasione d'una espropriazione parziale, perchè le leggi relative a questa sono abbastanza esplicite, essendochè l'esecutante non è tenuto a citare gli altri creditori se non nel caso della subasta.

Ben è vero che la ragione della legge è una ed identica sì nell'uno che nell'altro caso, ma la dispositiva è diversa, e praticamente dev'essere osservata. D'altronde nessun pregiudizio irremediabile può derivare ai creditori, ai quali è possibile di sopravedere acciocchè lo stabile sia venduto a giusto prezzo, potendo essi aumentare colle proprie offerte la concorrenza degli oblatori, e dall'altra parte nel caso che interessasse loro la divisione del fondo per salvare la preferenza delle rispettive ipoteche, potrebbero essi chiederla appena fosse loro notificato l'editto della subasta, appellandosi in tempo del relativo decreto, e provocando una nuova e suppletoria perizia.

§ LXI.

Lo stesso Regolamento del processo civile determina come debba procedere il giudice per la vendita dello stabile ipotecato.

Arg. dai §§ 461 e 463 del Cod. civ. gen. austriaco e dai §§ 140, 421-439 del Regolamento giudiziario.

SOMMARIO

1. Del terzo stadio dell'esecuzione, ossia della subasta giudiziale. Del sistema romano.
2. Delle vendite giudiziali moderne, e specialmente secondo il metodo francese.
3. Secondo il metodo usitato nei nuovi Codici processuali del Modenese e di Piemonte.
4. Del sistema austriaco. Chi può domandare la subasta e con quali forme si tenga.
5. Dell'invito al pubblico, mediante la pubblicazione degli editti, e l'intimazione del decreto della subasta.
6. Della notifica da farsi ai creditori ipotecarj per il primo esperimento dell'asta.
7. Della stessa notifica e della convocazione dei creditori pei successivi esperimenti.
8. Con quali formalità si praticano le subaste giudiziali.
9. Chi possa adire all'asta. Della previa cauzione. Se può adire il creditore, il debitore e il fidejussore.
10. Se può offrire il terzo possessore. La questione è posta male. Remissive. Degli offerenti per persona da dichiararsi.

1. Eccoci al terzo stadio dell'esecuzione ossia della vendita del pegno; la quale dicemmo doversi fare per vendita pubblica sorvegliata dall'autorità giudiziale, per conciliare tutti gli interessi, e specialmente quello del debitore e proprietario del pegno, il quale, anche a parere di Nippel (1), non dee sottostare a un danno maggiore di quello che sia necessario, onde procurare al creditore il soddisfacimento del suo diritto. Però avanti di entrare nel labirinto delle molte e minuziose formalità pratiche della subasta, crediamo utile di predisporre la mente del lettore col dare qui le linee prospettiche dell'insieme, non omettendo gli opportuni confronti coll'antica e le estere legislazioni.

Del Diritto romano dicemmo come fosse permesso al creditore di vendere il pegno appena che ne fosse venuto al possesso, ed avesse avuto in origine la facoltà espressa di venderlo, senza che gli abbisognasse di renderne pure avvertito il debitore (2). Ma nel caso che non avesse avuto simile facoltà, il potea tuttavia vendere, poichè la si intendea come implicita nella natura del pegno (3). Però Giustiniano volle che denunciasse l'intendimento suo al debitore (4). Nel caso poi che fosse stata

(1) Nippel, *Comento* al § 461, n. 1, Cod. civ. austr.

(2) Leg. 4 Dig. *de pignorat. action.* Neguzant. *de pignor.* par. 6, mem. 1, num. 1.

(3) Leg. 1, sudd. leg. 1 Cod. *de pactis pignor.* Neguzant. *de pign.* ibid. Donello, *de pignor.* cap. 10. Hotoman, in Dig *de distract. pignor.*

(4) Leg. ult. Cod. *de jure domin. impetrand.*

proibita la vendita, pure la si permettea, ma dopo una triplice denunzia (1). Lo scopo di questo avvertimento era suggerito, come ognun vede, per eccitare il debitore a provvedere al proprio interesse, sia per pagare il debito, sia per sorvegliare ed impedire le possibili frodi del creditore nella vendita che stava per fare di suo arbitrio (2). Così nella vendita pubblica, la quale non altrimenti dovea farsi quando si trattava d'un pegno giudiziale (3), o nel caso che il debitore fosse assente (4), o quando si trattasse di beni appartenenti al fisco, ai decurioni civici, o alle chiese (5), dovea il creditore far precedere alla vendita la stessa denuncia (6). Ma in questo caso egli non potea realizzare il suo diritto colla conveniente sollecitudine: le dilazioni, accordate da Giustiniano al debitore, erano eccessivamente lunghe; perchè non permetteva al giudice di concedere il pegno giudiziale se non quattro mesi dopo l'intimazione pel pagamento (7); e concesso il pegno giudiziale, si doveano aspettare altri due mesi prima di procedere alla vendita (8). E questo è poco, avvegnachè nel caso d'un pegno convenzionale, in cui non fosse stata prescritta la facoltà del vendere, il creditore, per comando dello stesso imperatore, dovea aspettare due anni ancora dopo la denunzia di cui dissimo (9). Questa disposizione come altamente improvvida fu combattuta da qualche giureconsulto (10), rifiutata od evitata in pratica, specialmente in Lombardia (11); perciocchè favoriva i maliziosi indugi del debitore, senza distinguere s'egli per insolvenza non avesse potuto o voluto in nessun tempo dimettere in altro modo il creditore.

Nel caso di una vendita privata autorizzata al creditore d'un pegno convenzionale, per un utile emendamento della giurisprudenza imperiale gli era ingiunto: *et sibi bona fide rem gerere, et quando licet testato* (cioè con

(1) D. leg. 4. Paolo, *Sentent.* lib. 2, tit. 5, § 1, la Glossa in leg. *creditor hypothecas*, Dig. *de distract. pignor.* Negri. *de subhastat.* cap. 1. num. 7. Zoesio, in Dig. *de distract. pign.* num. 8.

(2) Neguzaol. *de pign.* par. 6. mem. 1, n. 6. M. Merlin. *de pignor.* lib. 4, tit. 3, quæ. 93. n. 46.

(3) Leg. 3 Cod. *de execut. rei judicatæ.* Noguzant. *de pignor.* par. 6, mem. 1, nom. 9. 47. M. Merlin, lib. 4, tit. 3, quæ. 93. n. 53, et quæst. 106, num. 2. Negri, *de subhastat.* cap. 4, num, 14, 15. Damhouder. *de subhast.* cap. 3. num. 1.

(4) Noguzant. par. 6. mem. 1, n. 47. M. Merlin, quæ. 106, n. 4. Damhouder, *de subhast.* cap. 3, n. 31

(5) Leg. 1. Cod. *de prædiis decurion.* Authent. *hoc jus porrectum.* Cod. *de S. S. Eccl.* Neguzant. loc. cit. num. 47. M. Merlin, loc. cit. num. 3. Damhooder. *de subhast.* cap. 1. num. 15, 16, cap. 3. n. 32.

(6) Leg. *a divo Pio*, 15. Dig. *de re judicata*, M. Merlio, d. quæ. 106, n. 2, 3.

(7) Leg. 2. Cod. *de usuris rei judicatæ*, Neguzant, loc. cit. num. 7. Postio, *de subhast.* insp. 12, n. 2. Asinius, *de execut.* § 4, cap. 30. n. 1.

(8) Leg. 21. Dig. *de re judic.* leg. 1. Cod. *si in caus. jud.* Neguzaol, loc. cit. nom. 7. M. Merlin, lib. 4, tit. 3, quæ. 93, n. 52. Postio, *de subhast.* inspect. 15, n. 1. Carpan. *ad Stat. Mediol.* lib. 1, cap. 248. n. 8. Struvio, *Syntag. jur. de distract. pign.* th. 48 Postio *de subhast.* insp. 15, num. 1.

(9) Leg. fin. Cod. *de jure dom. impetr.*

(10) Donnean, *de pignor.* cap. 10.

(11) Come attestano Accursio nella leg. ult. verbo: *recuperare*, Cod. *de jure dom. impetr.* Postio, *de subhastat.* Inspect. 12, n. 12.

testimonii) *dicere debet* (1); e Diocleziano con Massimiano raccomandava che si vendesse *bona fide et solemniter* (2). Continuarono però le vendite private (3), nelle quali l'arbitrio del creditore non avea alcun preventivo impedimento: onde Damhouder di Bourges ebbe ad esclamare: *sed quid hic de nostræ ætatis pestilentissimis, numero (proh dolor !) infinitis fœneratoribus mihi dicendum ? qui pignora a debitoris recepta post finem anni, ut propria sæpe clam et secreto, rarius autem palam aut publice, et suo arbitrio, parteque minime vocata, vendunt atque distrahunt* (4)?

La giurisprudenza posteriore saviamente determinata da questi mali tradusse la raccomandazione di quegli imperatori in legge, e fece si che anche i pegni convenzionali si dovessero vendere colle forme richieste per i pegni giudiziali (5), cioè per via di vendita giudiziale, pubblica e solenne; la quale si praticava per pubblico incanto, previa l'affissione in pubblico di appositi programmi, e l'intimazione al debitore *ad videndum subhastari* (6), e si eseguiva dai pubblici apparitori (7), i quali deliberavano al maggior offerente *præsenti pecunia* (8): senza disobbligare il penultimo fin tanto che l'offerta dell'ultimo potea essere invalida, perchè o incapace o insolvibile (9). Dopo il termine prefisso alla subasta non si accettavano altre offerte (10).

2. Notammo in principio del § LV (num. 3) come nelle legislazioni moderne si fosse tolta al creditore la facoltà di vendere privatamente lo stabile ad esso lui ipotecato, e si fosse prescritto che tutte le esecuzioni si dovessero chiedere e praticare in giudizio, allo scopo di proteggere tutti gli interessi coesistenti sul fondo esecutato. Or qui dobbiamo per l'interesse critico dell'ottimo dei sistemi, e per l'interesse pratico dell'universale giurisprudenza disegnare le linee generali dei metodi adottati presso le forastiere legislazioni in riguardo alla vendita.

Nel Codice francese ed italico di procedura civile vedemmo colle formalità del pignoramento provveduto alle prime esigenze esecutive nel

(1) Leg. 4. Cod, *de distract. pignor.* Pothier, pand. *de distract. pignor*, num. 19.

(2) Leg. 9. Cod. eod. tit. Hotoman, in Dig. *de distract. pignor.* ed in leg. 6. Cod. *de remiss. pign.* Voet, *in pand. de distract. pign.* num. 5 e 6.

(3) Franc. Balduin, *de pignor.* cap. 18. Hotoman, in leg. 7. Cod. *de distract. pign.*

(4) Damhouder, *de subhastat*, cap. 3. num. 38. Vedi ciò che dissimo nel § LV, num. 2, vol. 2, pag. 278.

(5) Damhouder, ibid. cap. 3, num. 33. Ant. Negri, *de subhastat.* cap. 4, num. 25, et § XVIII, num. 4, lib. 1. Voet, *in pand.* tit. *de distract. pignor.* num. 9. Carpzov. *process jur. Saxon.* tit. 25, art. 4, num. 25.

(6) Negri, *de jud. et præt. pign. Subastat.* lib. 2, cap. 1, num. 10, cap. 2, num. 3-5, et § IV, num, 15.

(7) Negri, ibid. lib. 2, cap. 15 in princ. Hotoman, in leg. 2. Cod. *si in caus. judic. pign. captum sit.*

(8) Balduin, *de pignor*, cap. 18. Postio, *de subhastationib.* inspect. 32, num. 7.

(9) Damhouder, *de subhast.* cap. 4, n. 8. Postio, *de subhast.* inspect. 38, num. 173 e segg.

(10) Postio, *de subhastat.* inspect. 38, num. 49 e 82.

modo presso a poco eguale che fu provveduto nel Diritto austriaco col pignoramento e colla stima. Ma se poco stante facemmo voti perchè quest'ultima formalità fosse dispensata coll'imitare il metodo francese, facemmo però espressa riserva circa l'inutile e gravoso dispendio cagionato da questo metodo, e che fece dire a Grenier che l'espropriazione d'un immobile di 2000 franchi costa tanto quanto il suo valore (1). Già vedemmo in riguardo al pignoramento come fosse dispendiosa e non giustificata da necessità alcuna la formalità della pubblicazione del medesimo. La quale inutilità appare manifesta da ciò che nella stessa legge sono ordinate due altre pubblicazioni. La prima delle quali si pratica in questo modo.

Il creditore, quindici giorni almeno avanti la pubblicazione del pignoramento deposita in cancelleria il quaderno per l'atto della vendita, che deve contenere: l'enunciazione del documento, in forza del quale è seguito il pignoramento, quella del precetto, dell'atto di pignoramento, non che degli atti e sentenze che fossero stati fatti o pronunziati; l'indicazione degli effetti pignorati; le condizioni della vendita, e infine un'offerta di prezzo per parte dello stesso istante (2). Questo quaderno è destinato a contenere tutto il processo verbale della vendita (3), e si deve pubblicare per la prima volta un mese almeno prima, e non dopo sei settimane dalla prima pubblicazione, cioè dalla notificazione del processo verbale degli affissi al debitore (4). Questa pubblicazione deve farsi all'udienza di quindici in quindici giorni successivamente tre volte almeno prima dell'aggiudicazione preparatoria (5). Otto giorni almeno prima di questa aggiudicazione, più uno per ogni tre miriametri di distanza fra il luogo ov'è la più gran parte dei beni pignorati, e quello della residenza del tribunale, nuovi avvisi s'inseriscono in un foglio pubblico, e s'affiggono nei luoghi prescritti per quelli indicati per la pubblicazione del pignoramento: ai quali avvisi si dovrà aggiungere l'offerta di prezzo e l'indicazione del giorno in cui seguirà l'aggiudicazione preparatoria (6). Questa aggiudicazione preparatoria si apre sulla offerta fatta dal creditore esecutante nel suo quaderno di vendita. E notisi, che non uno ma tre possono essere i tentativi d'aggiudicazione: la preparatoria, la definitiva e la novissima, di cui diremo. Nell'aggiudicazione preparatoria se non si presentano maggiori obblatori, l'instante resta aggiudicatario per il prezzo da lui offerto nel suddetto quaderno (7).

L'altra pubblicazione si fa quindici giorni dopo questa aggiudicazione preparatoria, inserendo nuovi avvisi nei fogli pubblici ed affiggendoli negli stessi luoghi, con menzione del prezzo dell'aggiudicazione prepa-

(1) Grenier, *hyp.* num. 487. Vedi nell'opera ufficiale: *enquête sur le crédit foncier*, Paris 1850, citati molti esempii confermativi di questa asserzione.

(2) Art. 697 del Cod. di proced. ital.

(3) Art. 699 dello stesso Codice.

(4) Art. 700 e 701 dello stesso Codice.

(5) Art. 702 dello stesso Codice.

(6) Art. 703 dello stesso Codice.

(7) Art. 698 dello stesso Codice.

ratoria, ed indicazione del giorno dell'aggiudicazione definitiva (1). L'intervallo fralle due aggiudicazioni non può essere minore di sei settimane (2). Le offerte all' asta sono fatte col mezzo di patrocinatori (i quali perciò offrono una specie di garanzia per l'adempimento degli obblighi della delibera), e all'udienza. Il maggior offerente è liberato se la di lui oblazione è superata da un'altro, anche nel caso in cui l'ultima oblazione venisse dichiarata nulla (3).

Entro giorni otto dalla pronunciata aggiudicazione, chiunque o personalmente o col mezzo di procuratore munito di speciale mandato, può fare in cancelleria una nuova oblazione, purchè superi del quarto almeno il prezzo principale della vendita (4), denunziandola entro 24 ore al patrocinatore dell'aggiudicatario, dell'instante e della parte pignorata (5). Nel giorno indicato nella denuncia vengono a nuova gara l'oblatore, e l'aggiudicatario, e nessun'altro (6). La vendita è compiuta; e dopo che l'aggiudicatario avesse presentato al cancelliere una ricevuta delle spese ordinarie della procedura, non che le prove d'aver soddisfatto alle condizioni della oblazione, gli si rilascia la sentenza di aggiudicazione, la quale consiste nella copia del quaderno della vendita, intestata come tutte le sentenze e chiusa col mandato di esecuzione. In essa viene ingiunto alla parte oppignorata di rilasciare il possesso degli oggetti venduti tosto che le è notificata la sentenza, sotto pena d'esservi costretta coll'arresto personale (7). Se l'aggiudicatario non adempie alle condizioni prescritte entro venti giorni dopo l'aggiudicazione, ei vi sarà costretto colla rivendita a di lui rischio e pericolo (8).

3. Tra i Codici processuali vigenti in Italia sono degni di onorevole menzione i nuovissimi del Ducato di Modena e degli Stati Sardi.

Il Codice di Modena, pubblicato il 14 giugno 1852 destinò due titoli all'azione ipotecaria e all'esecuzione sopra gli stabili. Lo scopo immediato di quell'azione è di ottenere che il fondo ipotecato sia devoluto alla giustizia: colla qual cosa gli si assegna un amministratore (9).

Il titolo dell'esecuzione degli stabili è preceduto dalle prescrizioni generali di qualsiasi esecuzione fino allo stadio del pignoramento (10). Questa legge propose un notabile risparmio di tempo all'economia della procedura ipotecaria, nell'ordinare che contemporaneamente alla pubblicazione del pignoramento si citassero i creditori con privilegio ed ipoteca all'in-

(1) Art. 704 del Cod. di proc. ital.

(2) Art. 706 dello stesso Codice.

(3) Art. 707 Cod. di proc. ital. Con questa prescrizione si derogò alle leggi romane; come vi avevano già derogato alcune consuetudini antiche di Francia: Duck, *de usu et autor. jur. civ. Rom.* lib. 2, cap. 5, num. 19.

(4) Art. 710 Cod. di proced. ital.

(5) Art. 711 dello stesso Codice.

(6) Art. 713 dello stesso Codice.

(7) Art. 714-715 dello stesso Codice.

(8) Art. 715 sudd.

(9) Art. 365-381 del Cod. di procedura civile per gli Stati estensi.

(10) Lib. 1, par. 2, tit. XIX, e lib. 2, tit. 1 dello stesso Codice.

sinuazione e classificazione dei loro diritti, nel mentre che le altre legislazioni differiscono la trattazione di esse dopo la vendita, come vedremo nel Capo successivo.

Dopo il pignoramento, se occorre, si nomina un amministratore al fondo (1), e se ne assume una perizia nella quale devonsi esprimere le servitù e gli altri oneri reali, dei quali fosse gravato lo stabile oppignorato; e il valore risultante devesi notificare alle parti e ai creditori con un termine di giorni otto a dedurre (2). Indi si procede alla vendita, citandosi le parti e i creditori per la compilazione dei capitoli normali della subasta; e in calce al processo verbale della sessione si fissa il giorno della subasta, e se ne pubblicano gli avvisi nel foglio ufficiale e nei luoghi pubblici (3).

Se nel primo esperimento di subasta non si trova un'oblazione eguale al prezzo della stima, previa la pubblicazione di nuovi avvisi, se ne tenta un altro, che si apre proclamando il prezzo della stima o quello di nove decimi su quello della stima, e tenendo obbligato chi nel precedente incanto avesse offerto una somma siffatta (4). La delibera trasferisce *ipso jure* il possesso nel deliberatario, e questi in ogni caso è tenuto alle spese di perizia, d'incanto e del relativo istromento.

Riescito inutile anche questo incanto si soprasiede perchè il fondo sia aggiudicato ai creditori, esauriti gli atti di classificazione (5). Dopo di ciò non si ammette alcuna nuova subasta, ma si costringono i creditori, le cui pretese sieno liquide ed esigibili, a ricevere il fondo in soluto col ribasso del 10 per 100 sul valore peritale, se è commodamente divisibile: se no, col ribasso del 15 per 100. I crediti eventuali ed inesigibili si lasciano sul fondo. Se il fondo non si può spartire, si aggiudica in condominio ai creditori utilmente collocati (6).

Questa disposizione ci sembra troppo gravosa ai creditori, perchè li costringe a ricevere una cosa per un valore che non dipende dalla propria estimazione, ma dalla perizia altrui, violando così ogni principio di economia e di giustizia. Ben è vero che questa legge provvidde al loro interesse invitandoli a dire le loro ragioni sulla perizia: ma in fin di fine si lascia al giudice l'arbitrio di pronunciare su di essa; e se anche il fondo avesse un valore eguale all'assegnato, non sempre lo ha per ciascun creditore, che impedito da' suoi affari o inesperto in simili negozii non potrebbe trarne l'ordinario vantaggio.

Assai più provvida ci sembra la legislazione piemontese, la quale per il Codice albertino e per il nuovo Codice di processura civile, pubblicato il 16 luglio 1854, lasciò al creditore ipotecario la scelta di due distinti provvedimenti: l'uno è quello dell'aggiudicazione dello stabile che bra-

(1) Art. 909 dello stesso Codice.
(2) Art. 908 e 913-917 dello stesso Codice.
(3) Art 918-923 dello stesso Codice.
(4) Art. 924-928 dello stesso Codice.
(5) Art. 929-931 dello stesso Codice.
(6) Art. 967-981 dello stesso Codice.

masse impetrare a sè medesimo, o del quale diremo nel prossimo §; l'altro è quello della subastazione (1).

Il creditore che ha scelto quest'ultimo procedimento, scaduto il termine di 30 giorni fissato dopo una prima diffida del pagamento in base a un titolo creditorio esecutivo (2), fa citare di nuovo il debitore o possessore, e ottiene la sentenza di espropriazione (3); la quale colla trascrizione ipotecaria produce l'effetto del pignoramento e del bando per la subasta, che devono essere notificati e pubblicati nei modi press'a poco identici a quelli della procedura francese (4): vale a dire questo bando deve essere notificato al debitore ed ai creditori inscritti al domicilio da essi eletto nelle inscrizioni, ed è pubblicato nei luoghi e fogli pubblici per due volte con un intervallo non minore di giorni 15 tra la prima e la seconda pubblicazione, e non minore di giorni 30 tra la seconda e il giorno stabilito per la vendita (5). A questo modo fu emendata felicemente la legge francese col risparmiare le spese della notifica e della pubblicazione del pignoramento.

La legge francese fu pure innovata in quest'altro punto, che invece di tre esperimenti di subasta se ne prescrissero due soli: il primo di cui si disse, e il secondo che si apre in seguito ad un'offerta d'aumento non minore del sesto sopra il prezzo offerto dal primo deliberatario: la quale offerta si accetta se fatta nei quindici giorni successivi alla prima delibera. Per facilitare questa nuova offerta, si avvisa il pubblico dell'avvenuta delibera col mezzo dei giornali. Se l'aumento è offerto, si pubblica un bando per una seconda subasta (6).

Ogni oblatore cessa d'essere obbligato quando la sua offerta è stata superata da un'altra, sebbene quest'ultima fosse dichiarata nulla (7). Le spese sono a carico del deliberatario, e questi ottiene la proprietà definitiva colla spedizione della così detta sentenza di deliberamento, che non gli si rilascia se non quando provasse d'aver adempiuto agli obblighi assunti: nel qual caso vi è costretto colla rivendita a di lui pericolo e spese dello stabile deliberato (8).

Ella è pur commendevole questa legge per molte altre particolari disposizioni, che esamineremo in appresso; e tralle altre per quella che permette al debitore, entro l'anno dall'aggiudicazione od assegno esecutivo impetrato dal creditore, di chiedere egli stesso la subastazione (9).

4. Esponiamo ora il sistema austriaco, il quale nel § 421 nel vigente Regolamento giudiziario permette tanto all'attore che al reo conve-

(1) Art. 2328 del Cod. albertino. Art. 768 e 769 del Cod. di proc. civ. sardo.

(2) Art. 762 dello stesso Cod. process.

(3) Art. 760 e 773 dello stesso Cod.

(4) Art. 2344 del Cod. albertino, e art. 773 del Cod. processuale degli Stati Sardi.

(5) Art. 775-777 dello stesso Cod. process.

(6) Art. 783-785 dello stesso Cod. proc.

(7) Art. 779 dello stesso Cod. proc.

(8) Art. 800-812 dello stesso Cod. proc.

(9) Art. 814 e 815 dello stesso Codice.

nuto di chiedere la vendita, e chiesta che fosse, ordina al giudice di accordarla subito, assegnando egli a tal fine un termine di trenta giorni, colla espressa indicazione del giorno, dell'ora, e del luogo. È notevole assai questa disposizione che concede anche all'esecutato il diritto di chiedere la vendita: disposizione che non si trova nè nel Diritto romano, nè nel francese, ma solo fu poscia adottata nel piemontese: ed è saggio pensiero, perchè sottrae costui alle lungaggini del creditore; il quale assicurato essendo dai precedenti atti esecutivi, lo potrebbe ritenere in una penosa strettezza, e impedirgli di realizzare quella parte di valore del fondo, che avanzerebbe dopo tacitato colui.

Nel § 424 detto stesso Regolamento si allunga il termine di trenta giorni per la assegnazione del giorno della subasta. « Per le subaste degli stabili, vi si dice, ossieno tenute maggiori di campagna, il giudice potrà a prudente arbitrio estendere il primo termine a giorni sessanta, ovvero anche a novanta, e sarà generalmente in sua facoltà di ampliare, oppure di abbreviare di due o tre giorni il termine di trenta giorni: solo non sarà permesso oltrepassare notabilmente il tempo prefinito per tutti i tre termini » di cui diremo.

Nel § 425 si ordina al giudice di pubblicare le cedole invitatorie, ossia gli editti per la subasta. In esse si devono « *esprimere ed avvertire chiaramente*, 1. le condizioni colle quali sarà venduto lo stabile; 2. l'obbligo che avrà il maggior offerente di ritenere i debiti inerenti al fondo, per quanto vi si estenderà il prezzo da offerirsi, qualora i creditori non volessero accettare il rimborso avanti il termine che fosse stipulato per la restituzione del medesimo ».

§ 426 « Le cedole dovranno pubblicarsi secondo la consuetudine di ciascun luogo, ed al più tardi tre giorni dopo che sarà stata accordata la subasta ».

§ 427 « A ciascun creditore ipotecario prenotato sul fondo dovrà venire intimato l'avviso della prima pubblicazione dell'editto giudizialmente e contemporaneamento alla pubblicazione dell'editto stesso, in difetto di che sarà nullo l'atto della subasta, eccetto se il maggior offerente assumesse sopra di sè il soddisfacimento di tutti i creditori prenotati ».

§ 428 « Il giudice dovrà tenere pronti nella sua cancelleria gli atti, dai quali si possa rilevare la stima del fondo, i pesi inerenti al medesimo, e le condizioni colle quali sarà venduto: e ne sarà permessa ai concorrenti l'ispezione, come pure di levarne copia ».

§ 429 « L'incanto dovrà celebrarsi nella campagna in presenza almeno d'una persona giudiziale e d'un cancelliere, e nelle città e borghi in presenza almeno di due persone giudiziali e di un cancelliere ».

§ 430 « Quando si saranno insinuati uno o più concorrenti all'asta, si dovrà loro notificare esattamente la stima dello stabile, i pesi da cui si trovasse aggravato, e le condizioni colle quali sarà da vendersi, e in seguito si darà principio all'incanto ».

E nel precedente § 421: « Non effettuandosi la vendita in questo incanto a prezzo della stima, ovvero ad un prezzo maggiore, dovrà il giudice senza aspettare una nuova istanza, pubblicare nel modo stesso l'editto per un secondo incanto; ed in caso che anche in questo non si ritrovasse compratore a prezzo di stima, ne pubblicherà egualmente un terzo, ed in questo incanto farà vendere il fondo anche a prezzo inferiore della stima, quand' anche il compratore fosse il medesimo attore ».

§ 422 « Allora solamente che nella subasta di un fondo stabile fruttifero seguisse un'offerta minore della stima, per cui non potessero venire soddisfatti tutti i creditori prenotati sino al valore o prezzo della stima, non si darà luogo alla vendita per un prezzo minore della stima, ma si procederà nel modo che è prescritto per la vendita dei beni nei concorsi al § 140 ».

§ 140 « Se alla prima e seconda licitazione di un fondo stabile non si ritrovano compratori al prezzo della stima, si dovranno prima della pubblicazione dell'editto per la terza subasta convocare ad una sessione tutti i creditori prenotati sul fondo, coll'avvertenza che il voto degli assenti si avrà per aderente al voto della pluralità dei presenti all'oggetto, 1. di rilevare chi di loro in ogni evento sia disposto a lasciare i suoi capitali sul fondo cadente in subasta, e per qual tempo, senza richiamare la restituzione; quali termini al pagamento del prezzo la pluralità dei voti voglia accordare al maggior offerente, oppure qual altro vantaggio voglia concedergli, affinchè nell'editto per la pubblicazione del terzo incanto inserire vi si possano queste eventuali deliberazioni: siccome in esso vi si deve rendere nota l'eventuale distrazione parziale; 2. per rilevare la mente dei creditori prenotati sino alla stima, se eglino al caso fossero concordemente intenzionati di ricevere in assegno il fondo in luogo di pagamento, nel caso che non si offerisse al terzo incanto o non comparisse alcun compratore offerente il prezzo della stima ».

Omettendo per ora di indicare le formalità da osservarsi nella subasta e nella delibera, concludiamo coi seguenti due §§.

§ 438. « Il maggior offerente dovrà osservare puntualmente i termini che si saranno stipulati pel pagamento del prezzo, poichè in mancanza a tal obbligo, si passerà ad istanza tanto del creditore che del debitore a subastare nuovamente lo stabile giusta il prescritto del § 422 senza nuova stima, e coll'assegnazione d'un sol termine per venderlo a spesa e pericolo di esso deliberatario, anche ad un prezzo minore della stima ».

§ 439 « Lo stabile deliberato all'asta non si potrà aggiudicare in proprietà al maggior offerente, se non dopo che esso avrà sborsato l'intiero prezzo o prestata idonea cauzione per le rate stipulate nei pagamenti, o che finalmente sarà convenuto su di ciò con gli interessati in altro modo ».

Veniamo alla particolare disamina de' singoli momenti e delle formalità della subasta.

5. Importa sopratutto, ed è requisito essenziale alla validità della subasta esecutiva che vi sieno invitati il pubblico e le persone interessate direttamente a questa esecuzione del fondo, quali sono il debitore o possessore e i creditori ipotecarii. Di questi ultimi diremo tantosto.

Interest debitoris et domini, scrivea Postio nel suo splendido trattato delle subaste, *quamplurimos ad emptionem invitari, et ne ullo incommodo a licitandi facultate et voluntate deterreantur; ut tanto pluris dignus et res distrahatur* (1). A questo scopo provviddero i succitati §§ 425 e 426 del Regolamento giudiziario ordinando che si pubblichino delle cedole invitatorie, ossia gli editti per la subasta, nei modi portati dalla consuetudine di ciascun luogo.

La consuetudine vigente allora che fu pubblicato l'ultima volta il Regolamento giudiziario in queste provincie era determinata dalle leggi del cessato Regno d'Italia, le quali per i combinati art. 703, 683 e 684 del Codice di procedura prescriveano: doversi ad istanza del pignorante inserire l'avviso per la vendita in uno dei fogli pubblici che si stampano nel luogo in cui risiede il tribunale, davanti a cui si procede: e doversi eziandio stampare in forma d'affisso, e porre alla porta del domicilio del debitore, a quella degli edifizii pignorati, alla piazza principale del comune del domicilio e a quella del luogo ove sono situati i beni, e in altri luoghi. La stessa maniera di pubblicità, però molto meno complicata, fu ritenuta nelle successive leggi austriache, cioè nel § 2 della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 (2), la quale prescrisse che l'affissione degli editti, che si doveano allora pubblicare per la citazione dei creditori aventi ipoteca occulta, si dovesse fare alle porte del tribunale di prima istanza, avanti cui si procede, nel capoluogo della provincia, e nel comune ove sono situati i beni, e si dovesse inserire per tre volte, cioè una volta per ciascuna delle tre settimane successive, nel foglio periodico che si stampa nella provincia, ed in mancanza di questo, nella gazzetta del luogo di residenza dell'i. r. Governo. E più concludentemente nelle istruzioni pubblicate il 1 aprile 1824 per le preture in affari contenziosi si stabilì in massima generale: che gli editti giudiziali si pubblicheranno sempre in due esemplari da affiggersi in due differenti luoghi: l'uno avanti la cancelleria, l'altro in un luogo pubblico della residenza della pretura, ove per lo passato si usava affiggerli. Se ne aggiunge un terzo da pubblicarsi nel luogo ove è situato lo stabile da subastarsi, se trovasi fuori della residenza giudiziale (§ 71). Nei casi, ne' quali la legge vuole che l'editto sia inserito anche nella gazzetta pubblica, il cancelliere deve legalizzarne una copia a questo scopo (§ 73) (3).

(1) Postio, *de subhastationibus*, inspectio 32, num 5, Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 17, def. 3.

(2) Conosciuta nel Lombardo colla Notificazione governativa 27 ottobre 1820, e nel Veneziano colla Notificazione 15 novembre dello stesso anno.

(3) L'osservanza di questo § fu specialmente raccomandata dall'Appello lombardo colla Circolare 19 novembre 1850. Giordani,

Quali indicazioni deve contenere questo editto? Il § 425 del Regolamento giudiziario dice che deve esprimere ed avvertire chiaramente le condizioni colle quali sarà venduto lo stabile. Con questo brevissimo precetto si volle tutto ciò che fu detto nell'aulico Decreto 3 marzo 1806 (1), che cioè gli editti debbano contenere il nome e cognome del debitore, il motivo dell'asta, la breve e precisa descrizione dei beni da vendersi, il prezzo di stima (2), la destinazione d'un termine coll'espressa indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui seguirà l'incanto. Queste medesime indicazioni furono prescritte nel § 2 della succitata sovrana Risoluzione 31 luglio 1820; e comunque queste due leggi sieno oggidì fuor di vigore, l'autorità loro conchiude pur tuttavia nel senso che le formalità in esso suggerite sono contenute nella prescrizione generale dell'allegato § 425; imperocchè non si potrieno praticamente conoscere le condizioni dell'asta, se non si palesa quale sia il fondo, a chi appartenga, per qual prezzo si dee aprire l'incanto, per qual titolo fu promosso, perchè se esecutivo, conseguono tutte le modalità o condizioni portate dalla legge in proposito.

Il suddetto § 425 prescrive eziandio che nell'editto si debba far menzione dell'obbligo che avrà il maggior offerente di ritenere i debiti inerenti al fondo, per quanto vi si estenderà il prezzo da offerirsi, qualora i creditori non volessero accettare il rimborso avanti il termine che fosse stipulato per la restituzione del medesimo. Indicazione necessaria è questa per torre al compratore il diritto naturale di pagare il prezzo quando che sia, o di depositarlo in giudizio.

Questa e le altre condizioni della subasta si espongono in un'appendice all'editto stesso, ossia nel capitolato dell'asta.

La compilazione del quale dev'essere fatta dall'esecutante colla più scrupolosa diligenza, perchè dall'ommissione di qualche patto o cautela possono ridondare dei gravissimi inconvenienti, non solo all'esecutante, ma all'espropriato e agli altri creditori. Quindi al giudice viene raccomandato, che nel decretare la subasta osservi se l'istanza sia corredata dei ricapiti acconci ad escludere qualsiasi litigio sull'identità, proprietà e libertà del fondo da subastarsi: allo scopo di porre le cose nell'evidenza necessaria a prevenire ogni inganno ed errore negli aspiranti; perciocchè l'ufficio, al quale è chiamato nel procedimento esecutivo, gli fa obbligo di prendere cognizione della opportunità e aggiustatezza dei capitoli d'a-

Illustrazione al Reg. giud. § 421. Vedi per ciò che spetta l'interesse del gazzettiere l'aulico Decreto 7 giugno 1836, pubblicato colle Circolari 14 giugno dell'Appello veneto, e 16 giugno detto anno dell'Appello lombardo; e l'aulico Decreto 20 dicembre 1842 pubblicato colle Circolari 29 dicembre degli Appelli di Lombardia e Venezia.

(1) Non pubblicato in queste provincie, Amati *Manuale del Reg. giud.* e Giordani, *Illustrazioni*, al § 425.

(2) Questa indicazione del prezzo di stima fu prescritta come necessaria dalla sovrana Risoluzione 3 maggio 1816, pubblicata in seguito all'aulico Decreto 10 maggio 1816 colle Circolari 4 giugno 1816 degli Appelli di Milano e Venezia. Giordani, *Illustraz.* al § 421 Reg. giud.

sta, e in ispecie che non sieno pregiudizievoli al buon esito della subasta stessa. Sono queste le raccomandazioni che l'Appello lombardo dirigeva ad una pretura nel confermare un suo decreto 22 maggio 1850 (1).

Oltre di che tanto il possessore che gli altri creditori avrebbero diritto a far emendare un capitolato pregiudizievole al rispettivo interesse, appellandosi del decreto della subasta appena che loro venisse intimato.

Questa intimazione del decreto della subasta al possessore gli dev'essere fatta personalmente, non bastando la semplice notizia che avesse per la pubblicazione dell'editto (2).

Ed è infine da raccomandare e commendare l'ultimo precetto del § 426 del Regolamento giudiziario, per cui l'editto deve essere pubblicato al più tardi tre giorni dopo che sarà accordata la subasta; poichè se si lasciasse facoltà al creditore di indugiare à sua posta, sarebbe impossibile quella pubblicità, e quindi la dovuta concorrenza all'asta che la legge richiede nell'interesse dell'espropriato.

6. I creditori inscritti sul fondo, che sta per vendersi colla subasta esecutiva, devono aver notizia del decreto che la ordinò, ed una notizia speciale, perchè essi sono interessati troppo davvicino all'esito della medesima (3). Essi devono invigilare che il capitolato sia costrutto in modo che l'interesse comune di tutti i creditori, e il proprio di ciascuno sia in salvo: e nel caso che nol fosse potrieno farlo rettificare col rimedio dell'appellazione. Essi devono poi conoscere della subasta per impedire le conseguenze d'una vendita precipitata, il cui prezzo non potria bastare a coprire i loro crediti: ed anche per esercitare il *jus offerendi*, ossia col dimettere il creditore esecutante, come diremo nel § seguente (4). Per questo motivo abbiamo veduto col § 427 del Regolamento giudiziario che a ciascun creditore prenotato sul fondo dovrà venire intimato l'avviso della prima pubblicazione dell'editto, *giudizialmente* e *contemporaneamente* alla pubblicazione dell'editto stesso. Per la qual cosa deve il creditore esecutante nell'istanza per la subasta allegare un certificato generale delle inscrizioni ipotecarie esistenti sul fondo esecutato, ed unire tante rubriche da intimarsi a ciascun creditore inscritto insieme al decreto subattergato, all'avviso od editto della prima pubblicazione della subasta: e nel resto uniformarsi alle generali disposizioni del Regolamento giudiziario, come diremo nel § LXIX circa la convocazione dei creditori pel giudizio d'ordine.

Questo certificato dev'essere posteriore all'inscrizione del pignoramento

(1) Gazzetta dei trib. di Milano, an. IV 1854, num. 88 e 89.

(2) Come ritenevano anche gli antichi: Neguzant. *de pignor.* par. 6. mem. 1, num. 6. Mangil. *de subhast.* quæ. 4, num. 2-9, quæ. 65, n. 15, quæ. 167 in princ. Postio, *de subhastat.* inspect. 25, num. 25-39, 113-146.

(3) Carozzi, *Giurispr.* vol. 10, pegno, cap. 3, n. 12.

(4) Zeiller, *Comento* al § 462, n. 5. Nippel, *Comento* al § 462, num. 3.

esecutivo, in seguito al quale si viene alla vendita. Se fosse anteriore, dovrebbe essere rifiutato dal giudice, onde togliere il pericolo di non avvertire quel creditore che avesse legalmente notiziata la propria ipoteca prima del pignoramento e dopo l'edizione di quel certificato. Se un creditore si fosse inscritto dopo il pignoramento, dovrà egli l' esecutante notificargli la subasta? Pare che il creditore inscritto posteriormente, e pendente l'esecuzione, non abbia diritto d'essere notiziato; per la ragione che un'ipoteca inscritta dopo il pignoramento esecutivo non può riescire efficace contro l'esecutante: è un fatto al quale costui può reputarsi estraneo e non obbligato a conoscerla, perchè egli col pignoramento ha avocato in giudizio, e per modo di dire, ha messo sotto gli occhi del giudice il fondo in quella condizione giuridica, in cui allora si trovava: anzi, toltone il possesso al debitore, ha con ragione cancellata la possibilità giuridica d'ulteriori ipoteche: e quindi ciò che giuridicamente non è lecito, non deve essere calcolato e preveduto da lui: e quindi egli poteva procedere negli ulteriori atti esecutivi così come se mai avesse saputo, e non ci fossero state posteriori ipoteche.

Questa intimazione debb'essere fatta ai creditori ipotecarii inscritti sul fondo esecutato prima del pignoramento; deve essere fatta *giudizialmente* e *contemporaneamente* alla pubblicazione dell'editto della subasta. Deve essere fatta così come si fanno le altre intimazioni giudiziali: e prontamente, soggiungiamo; appunto per non rendere illusoria la legge, la quale vuole che l'asta non si differisca oltre quanto è necessario per suscitare una concorrenza di offerenti, e che i creditori ipotecarii sieno avvertiti in tempo adatto a provvedere al loro interesse.

In difetto di questa intimazione giudiziale l'atto della subasta è nullo, *a meno che il maggior offerente assumesse sopra di sè il soddisfacimento di tutti i creditori prenotati*: dicesi nel § 427 del Regolamento stesso.

Però questa nullità non può essere opposta da chiunque, ma solo da quel creditore, al quale non si fosse notificata la subasta; perciocchè questa formalità concerne solo il suo interesse: come fu giudicato colle sentenze 1 marzo 1843 n. 14271 di prima istanza, e 9 settembre 1843 num. 11778 da un tribunale d'appello, secondo riferisce Beretta (1). E fu pur giudicato col decreto appellatorio 13 marzo 1851 n. 1861, in riforma del decreto 22 gennaio 1851, che il giudice non può annullare per questo motivo la subasta *ex officio*, ma deve attendere le impugnative degli avversarii (2). Ed anzi, se un creditore che non ha ricevuto l'intimazione, o quereli la nullità, fu tacitato dall'acquirente, il giudice non può rifiutare il decreto di delibera, quando gli altri creditori che non ricevettero siffatta notificazione, tacquero, e non furono tacitati dall'acquirente: de-

(1) Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia an. 1, 1856, n. 24, pag. 369.

(2) Gazzetta de' tribun. di Milano, an. 2 1852, num. 16.

creto dell'Appello lombardo 23 agosto 1851 n. 12126, riformatore del decreto 5 luglio 1851 n. 5123 di prima istanza (1).

Questa ultima decisione deriva esattamente dai premessi principii: che la nullità non può essere accampata che dalla parte interessata: che a questa nullità, a questa querela personale si può ovviare colla dimissione del credito spettante al querelante.

Può accadere che l'intimazione giudiziale o non si possa fare, perchè non si conosce il preciso domicilio, o la persona cui dev'essere fatta, ovvero non si faccia in alcun modo.

Ci avea un'iscrizione in favore di Giuseppa minorenne avente a curatore l'avvocato Pompei per un credito verso suo padre, col quale convivea. Avea pure dei fratelli che erano ancor essi creditori nello stesso modo verso il commun padre, e coabitavano seco. La sorella divenne maggiorenne il 5 agosto 1846, ma non praticò alcun cambiamento nella sua inscrizione. La casa ipotecata ai figli fu messa in vendita giudiziale, e l'un creditore esecutante fè intimare l'avviso della subasta al curatore della sorella. Dopo venduto lo stabile, costei si querelò della nullità della subasta. Fu esaudita in prima istanza colla sentenza 9 marzo 1849, per la ragione che il Regolamento giudiziario vuole che un primo decreto sia intimato personalmente. Questo è ciò che importano i §§ 491 e 492 dello stesso Regolamento e le Notificazioni governative 28 ottobre 1820 (2) e 10 agosto 1828 (3). L'Appello veneto con sentenza 24 agosto 1849 riformò quel giudicato, adducendo che l'esecutante nell'osservanza del § 427 del Regolamento giudiziario seguì la fede dei registri ipotecarii: tanto più che l'attrice dovea aver conosciuto indubbiamente della prossima subasta, perchè l'editto relativo era stato affisso alla porta d'abitazione di suo padre, col quale ella conviveva. Con queste due circostanze l'una di diritto, l'altra di fatto, si ritenea bastevolmente soddisfatto al voto della legge; il cui intendimento è quello di prevenire i pregiudizii che deriverebbero ai creditori dall'aver ignorata la vendita del fondo ipotecato. Il Senato lombardo veneto colla decisione 12 marzo 1850 n. 1283 confermò la sentenza d'Appello, ma senza emetterne i motivi (4).

L'avviso della seconda e terza subasta dovrà pure essere intimato ai creditori ipotecarii? Non lo dice alcun § del Regolamento giudiziario; anzi la sovrana Risoluzione 1 maggio 1847 (5) dichiarò essere sufficiente l'intimazione dell'avviso della prima pubblicazione dell'*incanto*.

7. Si dice nei §§ 421 e 422 del Regolamento giudiziario che, nel caso che

(1) Gazzetta de' tribun. di Milano, an. 1, 1851, num. 69.

(2) Cui corrisponde la Notificaz. veneta 27 ottobre dello anno.

(3) Notificazione gov. ven. 10 agosto 1828.

(4) Beretta, *giorn. di Giurispr. prat. di Venezia*, an. 4, 1851, num. 6.

(5) Pubblicata in Lombardia colla Circolare d'Appello 10 giugno 1847, e nel Veneziano colla Circolare 16 giugno 1847.

non si fosse trovato di vendere il fondo a prezzo uguale o non maggiore della stima, il giudice senza aspettare una nuova istanza dovrà pubblicare nel modo stesso l'editto per un terzo incanto, nel quale farà vendere il fondo anche a prezzo inferiore della stima; ed allora solamente che nella subasta di un fondo stabile fruttifero seguisse un'offerta minore della stima, per cui non potessero venire soddisfatti tutti i creditori prenotati sino al valore della stima, non si darà luogo alla vendita per un prezzo minore di essa, ma si procederà nel modo che è prescritto per la vendita dei beni nei concorsi al § 140. L'aulico Decreto 28 febbraio 1834 del Senato lombardo-veneto (1) richiamando la pratica all'esatta osservanza dei suddetti §§, prescrisse così come segue: « dovendosi nelle subaste dei fondi stabili non appartenenti a masse concursuali, ove al primo o secondo incanto non venga offerto il prezzo di stima od un prezzo maggiore, senza aspettare veruna istanza, pubblicare l'editto per il terzo incanto, nel quale sarà a deliberarsi il fondo anche a prezzo inferiore della stima, semprechè questo basti a soddisfare i creditori sullo stesso prenotati sino al valore o prezzo della stima, condizione che s'inserirà nell'editto pel terzo incanto. Ove ciò non si verifichi, si procederà a termini del § 140, alla convocazione cioè dei creditori, che non può aver luogo se non dopo l'esperimento del terzo incanto. »

Dobbiamo quindi distinguere il caso della subasta d'un fondo appartenente ad una massa concursuale, da quello d'un fondo appartenente a persona non oberata. Nel primo caso, prima della pubblicazione dell'editto per il terzo esperimento della subasta si devono convocare i creditori per le dichiarazioni volute dal § 140 del Regolamento giudiziario; nel secondo caso il giudice, senza aspettare veruna istanza, pubblica l'editto per il terzo esperimento: avvertendo il pubblico con esso che il fondo si delibera anche a prezzo inferiore della stima, ma non però inferiore di tanto che non basti a soddisfare i creditori inscritti. Se in seguito a questo terzo esperimento non si potesse ricavare un'offerta inferiore alla stima, ma sufficiente alla soddisfazione dei creditori, i di cui crediti in totale non eccedono il valore stimato del fondo, deve il giudice, prima di pubblicare l'editto d'un quarto esperimento, far convocare i creditori per le dichiarazioni e formalità volute nel loro interesse. La differenza di queste disposizioni è giustissima. Perchè se nell'espropriazione singolare l'importo delle pretese dei creditori inscritti non arriva all'importo della stima, e al prezzo offerto nel terzo esperimento, non si devono fare altre pratiche, perchè interesserebbero a nessun creditore inscritto: invece che nel concorso generale dei creditori, si trovano interessati alla vendita un numero molto maggiore di creditori le pretese dei quali per lo più superano il prezzo di stima: e quindi non accadrebbe

(1) Pubblicato colle Circolari 6 marzo 1834 dell'Appello lombardo, ed 11 marzo 1834 dell'Appello Veneto: Giordani, *Illustr. al Reg. giudiz.* § 411

mai che si verificasse l'eventualità che agevolmente si verifica nel primo caso.

Dice il § 140 del Regolamento giudiziario che si dovranno convocare ad una sessione tutti i creditori prenotati sul fondo, coll'avvertenza che il voto degli assenti si avrà per aderente al voto della pluralità dei presenti, all'oggetto: 1.° di rilevare chi di loro in ogni evento sia disposto a lasciare i suoi capitali sul fondo cadente in subasta, e per qual tempo senza richiamare la restituzione; quali termini al pagamento del prezzo la pluralità dei voti voglia accordare al maggior offerente, oppure qual altro vantaggio voglia concedergli, affinchè nell'editto per la pubblicazione del terzo incanto inserire vi si possano queste eventuali deliberazioni, siccome in esso vi si deve rendere nota l'eventuale distrazione parziale; 2.° per rilevare la mente dei creditori prenotati sino alla stima, se eglino al caso fossero concordemente intenzionati di ricevere in assegno il fondo in luogo di pagamento nel caso che non si offerisse al terzo (ossia quarto) incanto, o non comparisse alcun compratore offerente il prezzo della stima.

Riuscito vano il terzo esperimento di subasta di uno stabile, e convocati i creditori ipotecarii allo scopo indicato nel suddetto §, l'uno di essi Pietro Tagno offerse un prezzo maggiore della stima, non dissenzienti l'esecutante e il debitore. Gli altri creditori notiziati della convocazione non comparvero. Antonio Bagni estraneo s'appellò del decreto d'assegno e chiese il quarto esperimento della subasta, nel quale asseriva avrebbe egli offerto una somma maggiore. Il suo ricorso fu respinto dall'Appello lombardo con decreto 16 agosto 1854 num. 8757 (1).

Pensano Ellinger (2) e il consigliere Giordani (3) che a quei creditori, i quali dopo la subasta decretata si facessero prenotare nei pubblici registri, si debba, *permettendolo il tempo*, praticare l'intimazione del decreto di convocazione, voluto dal § 140, e qualora il tempo fosse troppo breve per notiziare i creditori del necessario, si possa destinare loro *ex officio* un curatore. Citano essi l'aulico Decreto 4 luglio 1794 il quale non fu pubblicato presso di noi, e non possiamo perciò allegarlo come legge; nè, ignorandone l'estensione logica, possiamo valercene come d'autorità dottrinale. Trovo quindi di perseverare nella conclusione professata nel numero precedente, che cioè nè il creditore esecutante, nè il giudice, debbano avere alcun doveroso riguardo ai creditori inscritti dopo il pignoramento.

8. *Appellatione subhastationis venit solemnis: unde ea fieri debet servatis servandis*, dice Postio perugino nel suo aureo trattato delle

(1) Gazzetta dei tribun. di Milano, an. 5. 1855, num. 96.

(2) Ellinger. *Comento* al § 462 Cod. civ austr.

(3) Giordani, *Illustraz. al Reg. giudiz.* § 422.

subaste (1). E con Fabro ed altri (2) premette che la subasta dee praticarsi secondo le forme legittime, sotto pena di nullità. Nel nostro Regolamento giudiziario non si trova comminata nullità di sorta, eccetto la nullità relativa dell'omessa citazione dei creditori ipotecarii, di cui dissimo; a differenza del Codice italico di procedura civile che nell'art. 717 fa sacramentali quasi tutte le minutissime formalità prescritte. La legge però vuol essere osservata, e dove l'inosservanza offendesse o l'interesse pubblico propostosi dal Legislatore, od alcun interesse privato, si può impugnare di nullità la subasta: come si può impugnare qualunque atto che è non conforme alla legge, quando da essa e non altrimenti riceve l'essere suo: *quia forma est quæ dat esse rei, et idem est forma quod perfectus status rei et dispositionis* (3). Vedemmo nel § 420 del Reg. giud. davanti a quali e quante persone giudiziali si debba celebrare la subasta. Vedemmo nei §§ 428 e 430 come il giudice debba tener pronto in cancelleria e notificare ai concorrenti all'asta gli atti, dai quali si possa rilevare la stima del fondo, i pesi inerenti al medesimo, e le condizioni colle quali sarà da vendersi. In seguito si darà principio all'incanto. E il § 431 dello stesso Regolamento dispone che quando dopo le prime offerte si formerà la gara degli offerenti, si dovrà proclamare replicatamente la maggior offerta colle parole *per la prima volta*, e si domanderà se alcuno voglia offerire di più; sopra ulteriore silenzio si ripeterà pure la proclamazione colle parole: *per la seconda volta*: e così dovrà cominciarsi di nuovo ogni qual volta alcuno avrà offerto di più e che in seguito gli offerenti avranno sospeso l'incanto. Alle offerte che non si saranno fatte all'atto stesso dell'incanto, oppure bensì in questo, ma non determinate numericamente, non si avrà verun riguardo. Queste offerte non possono essere accettate fuori della subasta, perchè questa è l'unico modo legittimo della vendita giudiziale. Epperciò la Determinazione 17 settembre 1818 della Reggenza governativa di Milano proibì che si accettassero ulteriori offerte dopo chiuso il protocollo delle pubbliche subaste.

Nel § 432 dello stesso Regolamento si aggiunge: « Se nel calore dell'asta uno o più oblatori domanderanno indugio per deliberare, si dovrà accordarlo per un quarto d'ora circa, mai però più d'una volta. » E nel § 433: « quando sarà proclamata la maggior offerta: *per la seconda volta*, senza che alcuno voglia migliorarla, la medesima dovrà proclamarsi ancora per cinque minuti, e domandarsi se alcuno voglia offerire di più; e se anche dopo tale indugio, non si farà una migliore obla-

(1) Postio, *de subhast.* inspect. 20, num. 1, e nell'inspect. 24, n. 15-16. Mangilio, *de subhast.* quæ. 83. num. 1.

(2) Fabro in Cod. lib. 8. tit. 17, def. 4. Postio, ibid. inspect. 20, num. 21, 27 e seg. Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1743, 1744 e seg. Carozzi, *Giurispr.* vol. 10, pegno, cap. 3. n. 13 e 14.

(3) Ant. Negri, *de subhast.* § 2, n. 1.

zione, si dovrà chiudere l'incanto colle parole: *per la terza volta*, e deliberare lo stabile al miglior offerente, osservato il § 422, quand' anche il medesimo fosse stato solo a concorrere, e non avesse offerto nulla più della stima, od anche nel terzo termine (cioè nella terza subasta) un prezzo inferiore.

§ 434. Se due offerenti avessero fatta offerta di un prezzo eguale, ed in appresso non si fosse fatta oblazione migliore, avrà la prelazione quegli che sarà stato il primo nel fare l'offerta. « § 435. Se in un incanto un offerente esibisce un prezzo minore, ma pagamento pronto, avrà egli, tostochè l'offerta eguaglia l'importo della stima, la prelazione avanti a quegli che avrà offerto prezzo maggiore, ma contro dilazione pel pagamento in rate; eccetto se nell'editto si fosse già stabilito il pagamento in rate, ovvero quegli, pel cui soddisfacimento l'effetto venisse posto in subasta, accordasse il pagamento in rate. »

9. L'asta è aperta alla concorrenza di chiunque aspiri all' acquisto dello stabile esecutato.

Di pratica si richiede che l'aspirante si faccia inscrivere sul protocollo eretto appositamente per l'esperimento della subasta (1), e che faccia deposito d'una somma corrispondente al decimo del valore peritale del fondo messo all'incanto, secondo l'apposita avvertenza che si è fatta previamente inserire nell'editto d' invito. Questa pratica, utilissima per impedire i sotterfugi degli aspiranti, e per garanzia degli eventuali obblighi della delibera, era prescritta, senza la determinazione del quanto, nelle subaste ordinate in seguito all' aumento del decimo fatto da alcuno dei creditori, nell'art. 16 della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 (2); e fu pure suggerita dal Decreto 30 maggio 1828 della Cancelleria aulica (3), la quale prescriveva che nelle subaste tenute in affari di competenza delle autorità amministrative si facesse questo deposito cauzionale in ragione del dieci per cento del prezzo di stima (4).

Può adire all'asta chi può acquistare di suo libero consenso.

Può adire quindi anche il creditore che addomandò la vendita, poichè si parifica in ciò a qualsiasi altra estranea persona: tolte essendo di mezzo le difficoltà e le differenti conseguenze giuridiche che s' incontravano nell'antico Diritto. Poichè ivi ammettevasi bensì che il creditore potesse adire all'asta giudiziale ed acquistare la cosa ipotecata, come qualunque altra persona estranea, *jure emptoris* (5); ma siccome nella vendita

(1) Così è disposto nell' art. 781 del Cod. di proc. sardo.

(2) Notificazione governativa lombarda 27 ottobre 1820. Vedi nel § LXVII num. 4.

(3) Pubblicato colle Circolari 24 giugno 1828, n. 17580 del Governo di Milano, e 10 ottobre successivo n. 21675 di quello di Venezia. Giordani, *Illustraz.* al Regolamento giudiziario § 425.

(4) Nel Cod. estense di procedura civile art. 954 si esige il deposito della somma occorrente per la tassa di registro e per le spese d' istromento.

(5) Leg. 2, Cod. *si in caus. judic. pign. captum sit.* Postio, *de subhast.* inspect. 32 n 8

privata, figurava qual procuratore del debitore, non concedevasi che comperato avesse, ma che avesse piuttosto trattenuto il pegno come creditore, e quindi potea il debitore pagando il credito ricuperare la cosa sua, e gli altri creditori, offerendogli pure il pagamento, poteano avocare a sè il pegno (1).

Tutte le legislazioni però, le antiche e le moderne, esclusero il debitore dal comparire alla subasta come oblatore. Così nel Diritto romano (2), nel francese (3), e nel piemontese (4). Così nel § 463 del Codice civile austriaco si legge: *non possono i debitori concorrere cogli oblatori all'asta della cosa da essi data in pegno.* E nel § 436 del Regolamento giudiziario è pur detto che *negli incanti non potrà il debitore concorrere in qualità di offerente.*

La ragione di questo divieto può sembrar semplicissima: *cum rei suæ nulla emptio sit,* risponderebbesi con Papiniano (5). Ma essa non presta un sufficiente criterio per tutti i casi contingibili.

Carozzi (6), Zeiller (7), Nippel (8) e Winiwarter (9) vorrebbero soggiungere, che siccome il debitore mostrossi già impotente al pagamento del suo debito, perciò devesi con fondamento temere che le sue offerte non si possano da lui adempiere; e d'altronde ei potrebbe a bello studio fare eccessive oblazioni affine di allontanare dall'asta gli altri offerenti, e renderla così inutile con grave danno del creditore. Questa osservazione non ci accheta. La disposizione della legge è assoluta: e l'ipotesi posta da quei giureconsulti può lasciare qualche vacuo, in cui la legge mancherebbe di ragione, se non trovassimo qualche altra ragione più sufficiente. Supponiamo che il debitore si presentasse all'asta con un fidejussore beneviso, col quale guarentirebbe l'esatto adempimento degli obblighi che incontrerebbe colla delibera. Ecco che allora potrebbe acquistare il fondo ipotecato. Ma la legge nol permetterebbe nemmeno in questo caso. Essa vuol essere osservata nella sua assolutezza.

E non ci basta nemmeno l'osservanza pratica di questa proibizione, e non è mera ambizione speculativa la nostra d'investigarne la ragione; perchè la quistione proposta sotto più d'un aspetto abbisogna d'una interpretazione derivata dal principio che informa quella disposizione positiva. Diffatti si può dubitare: se non possa comparire all'asta promossa a carico del terzo possessore il debitore originario che

(1) Leg. 5, § 1. Dig *de distract. pignor.* leg. 2. Cod. *si in caus. jud. pign. captum sit.* Neguzant. *de pignor*, par. 6, mem. 1, n. 10, 26 e 33, Franc. Balduin. *de pignor.* cap. 17 in fine, Hotoman, in Dig. *de distract. pignor.* Voel, in pand. *de distract. pignor.* num. 3, in fine, Zoesio, in pand *de distract. pignor.* num. 12. Donell. *de pignor* cap. 10 e 11, Richeri. *Jurispr.* vol. 9. § 1489. e Negri *de subhast.* cap. VII, § XII n 3, 4 e 15.

(2) Leg. 40, Dig. *de pignor. action.*

(3) Art. 713 del Cod. franc. di proc. civ.

(4) Art. 781 Cod. di proced. sardo.

(5) D. leg. 40. Dig. *de pignor. action.*

(6) Carozzi, *Giurisprud.* vol. 10, *pegno*, cap. 3, n. 23.

(7) Zeiller, *comento* al § 463, num 1, Cod. civ. austr.

(8) Nippel, al § 463 n. 1, Cod. austr.

(9) Winiwarter, § 463 tom. 2, § 151.

non è possessore, il fidejussore o il correo, o lo stesso terzo possessore. Se valesse il principio di Papiniano, dovressimo ammettere alla delibera il debitore personale contro la lettera della legge vigente. Se valesse il principio presuntivo proposto dai nostri comentatori si dovrebbe ammettere chiunque offrisse garanzie per l'adempimento degli obblighi conseguenti dalla medesima: ed ancora questa soluzione offende la lettera della legge in riguardo al debitore, e non scioglie le altre quistioni attinenti.

Ci ha però una ragione assai più generale e decisiva, ed è questa: che colui il quale è obbligato personalmente al debito, offrendo il danaro della delibera, non esibirebbe veramente il prezzo del fondo, ma l'importo od un acconto del suo debito. Questo concetto non isfuggì allo sguardo linceo di Papiniano, che nella tesi, se il figlio sottomesso alla potestà del padre debitore potesse comperare il suo fondo all'asta, rispose che no: *nam pecunia, quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur* (1). E nell'altra tesi più generale, se il debitore deliberatario potesse rivendicare il possesso dal creditore quando col prezzo non avesse soddisfatto a tutto il debito, rispose egualmente: *nec si minoris emerit, et pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur* (2).

Tuttavia da questo criterio non si trae una sola o più identiche conclusioni pratiche. Vediamole in effetto. Se il debitore fosse tuttavia possessore del fondo esecutato, non potrebbe offrire o allo scopo di comperare ciò che è già suo, o di liberarlo dalle ipoteche quando, l'offerta non bastasse a tacitarle. Tutto ciò che offrisse cadrebbe in luogo di pagamento, anzichè di prezzo. Se il debitore offrisse all'asta del fondo posseduto dal terzo, suo prossimo o remoto avente causa, allo scopo di ricomperare il fondo con un prezzo sufficiente ad estinguere tutte le passività inscritte, dopo che avesse pagato quanto importava a quest'ultimo fine, non potria pretendere il rilascio del fondo, perchè il possessore gli opporrebbe due eccezioni: l'una che egli non ha pagato il prezzo del fondo, ma ciò che dovea pei suoi debiti anteriori; l'altra per l'obbligo suo dell'evizione: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

Assai più difficile è il caso d'un correo solidale, o debitore personale, o fidejussore d'un solo tra più crediti inscritti sullo stesso fondo; perchè da una parte sono debitori, dall'altra sono estranei. Le leggi antiche, alludendo al fidejussore che offrisse ad una vendita privata del fondo ipotecato, diceano presumersi avesse egli ottenuto la surroga nel luogo dei creditori dimessi, o avesse agito come mandatario del debitore (4); niegavano ch'egli dovesse *emptoris loco substitutum videri* (5). Noi non

(1) D. Leg. 40. § 1. Dig. *de pign. act.*

(2) D. Leg. 40, in principio.

(3) Brunneman, in leg. 17, Dig. *de eviction.*

(4) Leg. 59. § 1. Dig. *mandati.*

(5) Leg. 59. Dig. *de fidejussoribus*, leg. 2, Dig. *de distract. pignor.* leg. 5, § 1. Dig. cod. titulo, leg. 1, Cod. *de dolo malo.*

crediamo buona in tutti i casi quesla conclusione negativa: perocchè ci sembra che l'offerta del debitore parziale, del correo o del fidejussore possa dar luogo alla delibera quando, detratta quella parte che si converte al pagamento del debito cui è obbligato l'offerente, rimanesse insoluto il credito dal quale fu motivata l'espropriazione, e rimanesse tanta parte di vero prezzo da superare tutte le altre offerte che fossero state fatte nel calore dell'asta, almeno in questo senso che la delibera che impetrasse non fosse per nuocere ai creditori e al possessore espropriato. Veggasi come. Se l'offerente fosse correo o fidejussore del credito, pel quale si domandò l'espropriazione: siccome la sua offerta farebbe risolvere questo credito, cesserebbe issofatto quel giudizio, e la delibera non avrebbe luogo, rimossa essendone la causa, e il possessore potrebbe opporsi al conseguente decreto. Se il credito, al quale l'offerente è obbligato, è di diverso ordine, si potrebbero imaginare tre contingenze diverse: o l'offerta basta a pagare tutti i creditori, e il possessore non avesse fatto alcuna offerta, allora egli si potria considerare eguale a qualunque altro estraneo oblatore, e l'offerta sua sarebbe da accogliersi come produttiva d'una legittima delibera. Può accadere che l'offerta non fosse sufficiente a dimettere tutti i creditori, ed allora quelli tra di essi, che rimanessero scoperti, potriano opporre che egli rimanesse tuttavia debitore di ciò che manca alla somma del prezzo offerto e del debito suo particolare. Poichè o egli ha dimesso colla somma offerta il suo creditore particolare, e gli altri creditori avvertirebbero che egli non ha sborsata una parte di prezzo, ma pagato un suo debito; o non ha pagato questo suo debito, e il creditore suo particolare resisterebbe al rilascio del fondo o alla cancellazione della sua ipoteca, perchè rimane in suo riguardo tuttavia sussistente il debito personale.

In terzo luogo può accadere che il possessore, che si vuole espropriare colla delibera, si opponesse al correo, nel caso che questi gli fosse obbligato o per l'evizione o pel mandato: per l'evizione se avesse comperato da lui il fondo esecutato: per il mandato se egli possessore avesse sottomesso ad ipoteca il fondo per il di lui debito personale. Se l'espropriazione fu chiesta per causa di un debito, al quale era tenuto il correo, questi offrendo il prezzo della delibera e pagando questo suo debito, sopprime la causa della delibera, e non può costringere il possessore al rilascio del dominio. Ma se egli è estraneo al debito che è motivo dell'espropriazione, e non è tenuto dell'evizione o del mandato, in questi casi il possessore non ha ragione alcuna d'opporglisi.

10. Potrebbe il terzo possessore non obbligato personalmente pel debito offerire all'asta? Mattei (1), Nippel (2) ed Ellinger (3) l'affermano,

(1) Mattei, al § 463, n. 4. Cod. civ. austr.
(2) Nippel, *Comento* al § 463, num. 2.
(3) Ellinger, *Man. del Dir. austr.* § 463.

e ciò che è più notabile, nel caso che il terzo possessore avesse costituita l'ipoteca sul fondo proprio per un debito altrui: e questo per la ragione che egli non è debitore.

Eppure si può rispondere: *cum rei suæ nulla emptio sit*. Egli è proprietario: non può quindi comperare una cosa che è già sua. Obbiezione insuperabile. Tuttavia la tesi ha qualche cosa in sè di vero: e quell' obbiezione si può elidere cangiando la forma della proposta quistione nei seguenti termini: se il terzo possessore non obbligato personalmente pel debito, offrendo nel concorso della subasta di pagare ai creditori il valore più grande che si possa ottenere nella subasta stessa, possa impedirne la continuazione e gli effetti. Questione codesta che va trattata nel § LXIII assieme a tutte le altre relative al *jus offerendi*.

Soventi volte avviene che intervengono all'asta delle persone non pel proprio interesse, ma come mandatarie d' una persona da dichiararsi. Le loro offerte sono accettate in pratica, in quanto che per il § 1017 del Codice civile il mandato secreto vale tra mandante e mandatario, e non obbliga i terzi. Dal che discende l'ovvia conseguenza che l'oblatore per persona da dichiararsi, finchè non la dichiara rimane obbligato personalmente agli obblighi della delibera. Ma si domanda quand' è che il deliberatario in nome altrui dovrà manifestare il suo mandante? All'atto della delibera? o solo prima dell'aggiudicazione? od anche dopo l' aggiudicazione? Egli può interessare ai creditori ipotecarii, che vengono in confronto di colui a realizzare i loro diritti, di sapere in nome di chi viene egli ad offrire: non nel caso che il prezzo della delibera fosse sufficiente a soddisfarli tutti, perocchè essi non devono cercar altro se non che l'apparente o il vero deliberatario soddisfacciano agli obblighi assunti; ma se il prezzo offerto fosse inferiore alla somma voluta per dimettere tutti i creditori, quei creditori che sanno di non ottenere un'utile collocazione hanno interesse di vegliare che per avventura il mandante secreto non fosse lo stesso debitore; poichè se venissero a scoprir ciò, potrebbero far caducare il debitore dalla delibera, e procedere ad un'altra subasta, dopo avere trattenuto il deposito cauzionale della prima subasta, o le rate del prezzo già sborsate (1).

La nostra legge tace in proposito: il Codice processuale francese coll' art. 709, e il piemontese coll'art. 782 assegnano al deliberatario il termine di tre giorni dopo la delibera per questa dichiarazione, tenendolo frattanto responsabile; e il Codice processuale di Modena, nell' art. 932 costringe l' offerente a fare questa dichiarazione al momento di chiudere l'incanto, e dichiara nulla la nomina se cade sopra una persona che intervenne personalmente come oblatore al medesimo incanto: e questo per la ragione che nel seguente art. 933 esige almeno tre oblatori per aprire e proseguire nella subasta, e quindi vuole evitare che un solo offerente si faccia rappresentare da diverse persone.

(1) Ellinger, *Manuale del Dir. austr.* sul § 465.

Se la legge tace, devono i creditori ajutarsi colla propria oculatezza: devono vegliare ad impedire la possibilità delle collusioni col debitore.

11. A questo punto possiamo rilevare la natura giuridica della subasta per discendere poscia lungo il natural corso de' suoi effetti.

Dispone a buon diritto il § 1089 del Codice civile austriaco come anche nelle vendite giudiziali debbono di regola osservarsi le norme stabilite pei contratti, e specialmente pei contratti di permuta e di compra e vendita: salve le disposizioni particolari alla materia. E di vero la subasta giudiziale è una maniera speciale di vendita, la quale disla dalla vendita ordinaria per le differenti modalità della sua costituzione, ed anche pei differenti effetti che produce, non tanto in riguardo all'acquirente, quanto e più specialmente in riguardo ai creditori ipotecarii.

Vediamo dunque prima della sua costituzione.

La subasta giudiziale (e s'intende solo di quella che si procaccia per la realizzazione dei debiti del proprietario e in via contenziosa), è un vero contratto di compra e vendita: il quale è composto di molte pratiche preparatorie, che vedemmo in addietro, e di alcune altre susseguenti: ma tra di esse tutte campeggia quella della delibera come atto fondamentale. Chi finge le parti di venditore non è già il proprietario della cosa, ma ben' altre persone: voglio dire i creditori di esso, sotto l'autorità del giudice. *Non est novum*, insegnava Ulpiano, *ut qui dominium non habeat, alii dominium præbeat. Nam et creditor pignus vendendo, causam dominii præstat, quam ipse non habuit* (1). Il creditore presta la causa del dominio; non ha in pronto il dominio, ma l'attribuisce. Oscure, ma esattissime espressioni.

Il creditore sia che abbia avuto l'ipoteca dal proprietario stesso, sia che l'abbia avuto per l'intercessione del giudice, ha con essa acquistato l'eventuale diritto di vendere ad altri e quindi trasferire la proprietà della cosa, ed anche d'acquistarla egli medesimo ne' casi che esporremo sotto il vegnente § LXII. Vero è dunque che prima di vendere o d'appropriarsi, non sii per anco proprietario del fondo. E quando vende, nell'atto stesso che trasferisce il dominio, egli nol tiene di certo in sua podestà; tuttavia l'attribuisce al compratore, al deliberatario. La difficoltà di questo tema consiste nella *personificazione* della parola *proprietà*, e quindi nel difetto di sua analisi. S'io mi rappresentassi il diritto di proprietà così come una persona, o dirò meglio, così come una cosa, un corpo qualunque, bisognerebbe bene far le meraviglie che un creditore potesse in altri trasferire *ciò che non ha*. Ma la *proprietà* nel suo significato legale è un *diritto* che si può trasferire per l'intermezzo morale del creditore.

(1) Leg. 46. Dig. *de adquirend. rer. domin.*

Il creditore non ha il dominio, ma ne presta la causa, perchè ha un diritto eventuale alla vendita o all'appropriazione del fondo di dominio altrui: questo suo diritto si dice ipoteca. Esercitando questo diritto incomincia a torre al proprietario la libera disponibilità del suo dominio col pignoramento: anzi gli toglie persino il possedimento naturale. Cerca poscia un compratore, e sotto l'autorità del giudice convoca tutti gli altri creditori, che avessero un diritto eguale o subordinato od anche prevalente al suo: ed essi presenti scieglie tra più pretendenti quegli che offre un prezzo migliore, e tra essi si compie il contratto di compra e vendita della proprietà altrui. Ma il contratto è contratto, e non è ancora la trasmissione del dominio. Si può vendere la cosa d'altri e sta il contratto per sè stesso (1). Ma il creditore che ha il diritto di vendere, che vende, ed ha i mezzi di trasferire il possesso materiale del fondo nel compratore, può trasferire eziandio la vera proprietà del fondo medesimo, in quanto che l'acquirente si mantiene in possesso come avente causa mediata e reale dall' antico proprietario costituente dell'ipoteca, e come avente causa immediata dal creditore ipotecario; del quale si può perciò dire: *causam dominii præstat.*

Ma non affrettiamoci di soverchio dicendo che nel contratto giudiziale della subasta avvenga questo massimo degli effetti dell' ipoteca, la espropriazione del fondo ipotecato. Questo è l'effetto ultimo, non l'effetto prossimo. Per vendere e trasferire la proprietà ci vuole la subasta e quindi la delibera. Avvenuto questo contratto, occorrono altre pratiche perchè produca l'effetto di trasferire il dominio. Tuttavia si può dire che tutte le altre pratiche non sono che le conseguenze di questo fatto. Questo è il punto culminante del presente periodo dell' efficienza ipotecaria. Il contratto giudiziale non è per anco la stessa trasmissione del dominio; ma quello è la causa prossima, questo il necessario effetto. Compiuto il contratto della vendita giudiziale, *il fondo è venduto*: ecco quanto importa stabilire per le conseguenze pratiche che da indi derivano.

Altro corollario: da questo solo che il creditore vende per un suo proprio diritto non si può dire a rigor di termini che egli sia il vero venditore, o venda a nome proprio. Ei vende piuttosto a nome del debitore proprietario. Vende a proprio nome *jure creditoris*, non già *jure domini.* Ei vende *jure domini* in quanto che vende a nome del debitore, e in questo riguardo *causam dominii præstat.* E quindi disse Neguzanzio: *creditor in vendendo pignore dicitur procurator debitoris* (2). E Struvio con maggior evidenza: *exercet enim creditor actum ex jure dominii fluentem in re aliena, non jure proprio ut dominus, sed jure concesso a domino* (3).

(1) Il vedemmo nel n. 5 del § XIII.

(2) Neguzani, *de pignor* par. 6, m. 1, n. 12. M. Merlin, *de pignor.* lib. 4. tit. 3. quæ. 95, n. 2.

(3) Struvio, *Syntagm. jur. de distract. pign.* thes. 45.

E ricchissima di pratiche applicazioni è questo vero: che non il creditore, ma il debitore si debba considerare qual vero venditore: e quindi la vendita giudiziale si uguagli sotto molti riguardi alla vendita che volontariamente facesse il debitore, perchè egli assumendo il debito, o costituendo l'ipoteca, concesse implicitamente la facoltà del vendere, come vedremo in seguito. Ma prima di continuare la deduzione di questa seconda verità, vediamo quella della prima: che la delibera è l'atto fondamentale dell'espropriazione, ma è un semplice contratto di vendita, che per produrre l'effetto di trasferire il dominio deve essere susseguito da altre pratiche.

12. Le pratiche susseguenti alla delibera conducono all'ultima che si dice *aggiudicazione*, per la quale si concede, mediante un apposito decreto, e a tenore del § 439 del Regolamento giudiziario, la proprietà dello stabile deliberato al maggior offerente, qualvolta avesse egli sborsato l'intero prezzo o prestata idonea cauzione per le rate stipulate nei pagamenti, eccetto che si fosse su di ciò convenuto cogli interessati in qualche altro modo. Ci ha dunque in questa serie di pratiche una diversità profonda di attribuzioni giuridiche. Colla delibera dicemmo che fu conchiuso un contratto di vendita. Lo scopo ultimo della vendita consiste nella trasmissione della proprietà o del godimento perenne della cosa venduta; ma perchè questo scopo si ottenga fa mestieri che il contratto, la causa giuridica, operi e sii osservato in tutta la sua estensione, in tutti i suoi particolari. Questo è il carattere più generale della differenza tra la delibera e l'aggiudicazione. Però precisiamone la rispettiva natura.

Non sarebbe utile partito quello di paragonare la delibera ad un titolo attributivo del diritto personale alla proprietà; e l'aggiudicazione a quella formalità che converte in reale quel diritto mediante l'attribuzione del possesso naturale o civile. Avvegnachè molte volte nel capitolato dell'asta si concede al deliberatario l'immediato o il retroattivo possesso e godimento dello stabile, che nei casi ordinarii produce l'effetto di comunicare il vero e reale diritto di dominio al compratore, com'è disposto nei §§ 1048, 1050-1052, 1053, 1063 e 1064 del Codice civile. Col trasferimento di questo possesso il deliberatario acquisterebbe un diritto reale di dominio ancor prima dell'aggiudicazione: ma questo diritto comunque reale non sarebbe perfetto e duraturo come ogni altro dominio. La delibera si può dunque considerare come un vero titolo traslativo del diritto personale al dominio, la quale può eziandio colla tradizione dell'immobile attribuire anche un diritto reale: ma questo è condizionato all'adempimento degli obblighi convenuti nel capitolato dell'asta, o che si sottintendono per legge nel fatto stesso della delibera. Questa non è dunque un titolo perfetto ed assoluto, ma condizionato all'adempimento di determinate prestazioni, verificate le quali coll'aggiudicazione si sostituisce un titolo suppletorio e integrante di

quello della delibera: e il deliberatario, se colla delibera e coll'immissione nel possesso acquistava una proprietà affetta da una condizione risolutiva, coll'aggiudicazione depurava l'acquisto da quella condizione.

Questa disposizione legislativa era necessaria nel nostro Codice civile, essendochè col § 1063 ha stabilito che, se il venditore consegna al compratore la cosa senza riceverne il prezzo, la cosa s' intende venduta a credito, e la proprietà di essa passa immediatamente nel compratore. Quindi avverrebbe che il deliberatario coll' entrare in possesso dello stabile ne acquisterebbe la proprietà irrevocabile, e i creditori non conserverebbero che una sterile azione personale per il prezzo. D'altra parte non era provvido consiglio quello di tenere sotto amministrazione giudiziale il fondo fino al pagamento del prezzo, perchè le spese necessarie di essa avriano scemata l'utilità del fondo, e per esse il deliberatario avrebbe offerto un prezzo minore. Abbisognava dunque una speciale prescrizione legislativa: che cioè al contratto di delibera fosse inerente la condizione sospensiva o la risolutiva del dominio fino al pagamento del prezzo.

Il Diritto francese potè far di meno che aggiungere alla delibera anche il titolo dell'aggiudicazione, perchè vedemmo in altro luogo come avesse adottato nella massima generalità il principio, che la condizione risolutiva della proprietà è sempre sottintesa nelle vendite fino al pagamento del prezzo (1), quindi la delibera per sè sola, fino a che non avesse l'offerente adempiuto a tutte le obbligazioni assunte nella medesima, non basta a farlo irrevocabile proprietario. Però per un certo riguardo fu provveduto al deliberatario, che avesse soddisfatto a tutti i suoi doveri, col concedergli la spedizione autentica del quaderno della subasta e il certificato giudiziale d'avere egli appunto soddisfatto a tutte le obbligazioni; coi quali documenti gli si dà un titolo dimostrativo dell' acquisto definitivo dello stabile (2), con effetto non diverso di quello che è procacciato dal decreto d'aggiudicazione, come si costuma da noi.

13. A tutti gli effetti della vendita giudiziale in riguardo alla estensione dei diritti attribuiti al deliberatario possono sovrastare tre diversi criterii di deduzione. Il primo dipende dal principio formale che i creditori non possono trasferire, e non può il deliberatario acquistare diritti maggiori di quelli che appartengono al debitore espropriato; o in altri termini: che la proprietà venduta sorviene al compratore condizionata nella stessa guisa, come vigeva presso l' autore dell'ipoteca. Il secondo è quello per cui il deliberatario acquista una proprietà tal quale può essere difesa e mantenuta dai creditori ipotecarii, autori della subasta. A questi principii derivativi si aggiunga questo terzo: non po-

(1) § XIV, num. 8, vol. 1, pag. 380.

(2) Vedi sopra n. 2 in fine del presente §, e nel seguente num. 3 veggansi le simili modalità nella procedura esecutiva modenese e piemontese.

tere il deliberatario pretendere a più di quello che gli fu promesso nel contratto di delibera.

Quanto al primo si disse nell'art. 781 del Codice di procedura civile francese ed italico che l'aggiudicazione definitiva non trasmette nell'aggiudicatario maggiori diritti sulla proprietà, di quelli che avea il debitore pignorato (1). Da questo principio verissimo condurremo i seguenti corollarii. Se il dominio della cosa ipotecata non fosse appartenuto in nessun tempo al costituente di essa, invano il creditore l'avria venduta; perciocchè il vero padrone la rivendicherebbe da qualunque possessore. *Non magis nocebit vero domino*, insegnava Antonio Fabro, *pactum interpositum de vendendo pignore, aut denunciatio, aut denique venditio, quam ipsa pignoris datio si* (il vero padrone) *non expressim consenserit, aut dolo malo dissimulaverit in fraudem ignorantis creditoris* (2).

Nella medesima maniera si dee ammettere alla vendicatoria della sua parte di dominio, o proteggere nell'opposizione sua al rilascio il socio, nel caso che il fondo fosse stato messo all'asta come indiviso (3). Però non potrebbe impedire che il deliberatario subentri nei diritti del socio espropriato, e non potrebbe nemmeno chiedere la sospensione della subasta allo scopo di far determinare nel capitolato d'asta dei rapporti di diritto che può conservare contro il futuro deliberatario (4).

Questa conclusione non varrebbe nel Diritto francese, e nelle legislazioni italiane che lo copiarono; perocchè è disposto nell'art. 2205 del Codice Napoleone, che la parte indivisa d'un coerede, e per l'art. 2333 del Codice albertino in riguardo a un socio qualunque, non può essere messa in vendita dai suoi creditori particolari prima della divisione tra i coeredi e i socii; la qual pratica però può essere dai creditori medesimi provocata. Siccome questa disposizione è un corollario di quella che esaminammo nella trattazione del § XIII, num. 16, col medesimo criterio dobbiamo qui rifiutarla.

Nell'istessa guisa il direttario può costringere il deliberatario a riconoscere il suo dominio diretto, quand'egli avesse inteso d'acquistare l'utile dominio, come fosse allodiale.

Così si dica delle persone, in favor delle quali il possessore avesse la proibizione di alienare lo stabile sottoposto all'esecuzione (5), quali sarebbero l'erede contro il legatario o il fedecomessario, purchè l'alienazione giudiziale non seguisse per debiti inerenti all'eredità, al legato, o al fedecommesso (6).

(1) Troplong. *des priv. et hyp.* num. 225. Art. 2329. Codice albertino.

(2) Fabro in Cod. lib. 8, tit. 17, def. 14.

(3) Postio, *de subhast.* inspect. 18, n. 95.

(4) Decreto 6 novembre 1854 n. 10247 del tribunale di Bergamo confermato in Cassazione colla decisione 5 giugno 1855 n. 2701 contro il decreto 6 dicembre 1854 n. 12271 dall'Appello lombardo. Gazzetta de' trib. di Milano, an. 5, 1855 num. 98.

(5) Maogil, *de subhast.* quæ. 110. n. ult. Postio, *de subhast.* insp. 18. n. 203 e 204.

(6) Neguzant. *de pignor*, par. 6, m. 1, n. 15. Fosario, *de substit.* quæ. 511, num. 20. Peregrini, *de fideicom.* art. 40, n. 28.

Ciò che si disse del proprietario si può dire egualmente delle altre persone, le quali avessero un diritto reale (che però non fosse ipotecario) sullo stabile venduto. Tali sarebbero l'usufruttuario, e i padroni di una servitù personale o prediale dominante. Essi conserverebbero il loro diritto anche dopo la subasta.

E se il fondo fosse venduto in pregiudizio del terzo possessore, questi non perderebbe quella parte di dominio o quelle servitù che egli vi avesse avuto indipendentemente dall'acquisto del debitore, quindi come dispone l'art. 2177 del Cod. civ. francese quelle servitù che prima erano consolidate col dominio rinascerebbero (1).

Queste persone non sarebbero obbligate a fare opposizione alla subasta, in quanto questa come atto dei terzi non potrebbe pregiudicare al loro diritto reale. Però vi ha tal caso in cui può loro interessar vivamente di fare una opposizione in tempo. Se alcuno d'essi fosse nel numero dei creditori ipotecarii concorrenti sulla porzione del dominio esecutato, se essi tacessero si pregiudicherebbero in confronto del deliberatario, il quale potrebbe interpretare il silenzio loro nel senso d'una rinuncia, o d'una colpevole collusione (2): per la regola generale avvertita dal nostro Antonio Negri, *quod præsens patiens fieri actum, quem contradicendo poterat impedire, dicitur ex suo facto consentire* (3).

In secondo luogo gioverebbe loro l'opposizione per potere allegare i titoli dei loro diritti e prevenire la presunzione favorevole che militerebbe in prò del possesso dell'aggiudicatario (4). Al che gioverebbe assai se ponesse mano al giudizio possessorio sommario, ben dovendosi considerare questi atti esecutivi come un ingiusto turbamento al suo possesso (5); in caso contrario, in mancanza cioè di queste opposizioni, si esporrebbero al pericolo della difficile azione vendicatoria o pubbliciana contro il deliberatario, e alle spese e al perditempo grandissimo, ma necessario alla ventilazione di questi giudizii; si esporrebbero al pericolo di non riescire nel corredo delle prove sufficienti. Queste opposizioni dei terzi devonsi ascoltare, e si deve sospendere per la di loro cognizione il procedimento della subasta. In ciò non vi deve essere differenza tra l'antico e il moderno Diritto. Così è che Postio perugino scrisse: *sique tertii oppositio fundata sit super dominio et possessione, quæ per acta publica ostendat in promptu nulli dubium, quod non potest aliter in executione procedi, sed oppositiones admitti debent.* (6).

Così fu pure deciso coll'Aulica decisione 16 giugno 1847 n. 1607 del

(1) Carpan. *Stat. Mediol.* cap. 165. n. 47. Postio, *de subhast.* insp. 52, n. 7.

(2) Surdo, *decis* 302, num. n. 2.

(3) Negri, *de subhast* cap. 5 § 3, n. 8. Tiraquell. *de retraict lignag.* § 1, gl. 9, n. 117 e seg.

(4) Gratian. *discep. for.* cap. 502. n. 14 et segg. Postio, *de subhast* inspect 18 n. 45.

(5) Postio, *de mand. de manuten. observ.* 1. n. 38 et segg. *de subhast.* inspect. 18, n. et segg

(6) Postio, *de subhast.* inspect. 18, n. 82. Mangilio, *de subhast.* quæ. 130, n. 2 e 3. Rota *Rom. post. Mangilium.* dec. 6, n. 2, del 19 febbrajo 1595.

Senato lombardo veneto in riforma di due decreti negativi: non potere, il creditore esercitare validamente il diritto di pegno se non sulle cose di riconosciuta ed indubbia proprietà del debitore; la sovrana Risoluzione 24 maggio 1845 (1) essere applicabile per analogia eziandió alla sospensione degli atti esecutivi sugli immobili; potere il terzo opporsi alla continuazione di questi, onde impedire il pregiudizio che risentirebbe a cagione del possesso conceduto al deliberatario (2). Questa è la deduzione dal principio formale del dominio, dalla regola che nessuno può trasferire in altri più di quello che abbia egli stesso.

Ma i creditori ipotecarii possono talora avere un diritto maggiore di quello del loro datore. Poichè nel § XIV abbiamo dimostrato come i creditori ipotecarii in ragione della loro buona fede invincibile possono essere protetti contro il proprietario del fondo ad essoloro ipotecato da chi non avea diritto alcuno di disporne. Or bene domandiamo: se il deliberatario possa dirsi subentrato nella loro favorevole condizione, e difendersi come loro avente causa contro la rivendicazione del proprietario vero.

L'affermativa sarebbe fiancheggiata dall'autorità del § 367 del Codice civile, che non permette al proprietario la rivendicazione d'una cosa mobile, venduta all'asta giudiziale. Quindi si direbbe che il principio che regge questa particolare disposizione sia pure latente nel caso da decidere.

Tuttavia il silenzio della legge ci mette in sospetto contro questa pianissima analogia: dappoichè essa disponendo solo delle cose mobili in un luogo, dove coi §§ contigui parla della proprietà in genere di cose mobili ed immobili, sembra aver messo fuori una provvidenza specialissima, che non si possa trarre fuori dai limiti che volontariamente si impose. Dobbiamo dunque vedere quale sia la probabile ragione dell'uno e dell'altro caso, o se in effetto sia identica per ambedue.

Tanto la proprietà delle cose mobili che quella degli stabili si usucapisce col possesso materiale delle une e coll'iscrizione tavolare delle altre nel periodo di tre anni (§§ 1466 e 1467 del Cod. civ.). Ma v'ha, ci sembra, questa differenza per proteggere il deliberatario giudiziale: che in riguardo alle cose mobili la buona fede e la facile credenza di costui può essere giustificata dalla materiale detenzione, e dalla solennità dell' espropriazione giudiziale; nè avrebbe altro modo di conoscere la vera condizione giuridica delle cose mobili vendute. Oltracciò agli occhi del Legislatore può essere sembrato molto meno importante una siffatta proprietà, in confronto alla proprietà fondiaria e alla sicurezza dei possessori. Ma per riguardo agli stabili, dato il sistema tavolare, cui allude esclusivamente il Codice che comentiamo, chiunque può

(1) Pubblicata a Milano ed a Venezia dai rispettivi Governi colle Notificazioni 18 agosto 1845, e riguarda la procedura da osservarsi nella esecuzione giudiziaria sopra cose mobili, sulle quali terze persone sostenessero di avere diritti di proprietà o di altra specie.

(2) Beretta, *Giorn. di giurispr. prat. di Venezia*, an. 2, 1847, num. 19.

e deve conoscerne la condizione giuridica altrimenti che argomentandosi soltanto dal possesso materiale. Per essi ci hanno i registri tavolari: il deliberatario può arguirsi d'acquistare un diritto certissimo se l'inscrizione sua per sè sola basta all'usucapione triennale. Se non basta, o dove non ci hanno simili inscrizioni egli, prima di offrire all'asta, può bene addomandare e consultare i documenti che lo giustificano. E certamente presso di noi bisogna consultare questi documenti. Non basta dunque la sola apparenza del possesso materiale, come nelle cose mobili. Sembra dunque che una siffatta differenza pratica valga ad escludere quell'analogia.

Ma rimane intatta la proposta quistione. Potrà il deliberatario valersi del diritto speciale che avrebbero i creditori ipotecarii per la loro buona fede invincibile? Se la legge non ha emesso in proposito, come dicemmo, alcuna particolare prescrizione, risponderemo coi principii generali della materia. Se ed in quanto il deliberatario avesse conservate le ipoteche dei creditori di buona fede, come subentrato in quelle loro ragioni, allora non sarebbe il deliberatario, ma il rappresentante dei creditori medesimi che si opporrebbe al rivendicante; ma solo *jure creditoris*, in virtù del subingresso: non già *jure domini*, per conseguenza della delibera. Imperocchè vedemmo parlando degli effetti generali di questa, come i creditori vendessero il fondo, potendolo come creditori, ma prestassero al deliberatario nulla più che il dominio e quelle ragioni che appartenevano al costituente delle loro ipoteche. Con questo però i creditori di buona fede nulla perderebbero; perchè o il deliberatario è citato colla vendicatoria prima di pagare il prezzo: e riuscendo vittorioso l'attore, andrebbe bensì assolto il deliberatario dai debiti ipotecarii, mancandogli col toglimento del possesso la causa contrattuale della sua obbligazione; ma il rivendicante dovrà rispettare quelle ipoteche per quelle ragioni che mettemmo in mostra nella trattazione del § XIV. Se il deliberatario fosse molestato dopo d'avere pagato il prezzo, l'esito sarebbe diverso nel di lui interesse: non però per quello dei creditori, come vedremo in appresso (num. 20).

Vediamo ora del terzo principio di deduzione dalla delibera, per il quale diciamo che il deliberatario tende ad acquistare il dominio o il quieto possesso dello stabile sotto l'osservanza delle obbligazioni assunte nel contratto di delibera.

La prima cosa che gli interessa di chiedere è il rilascio dello stabile medesimo. Egli può chiederlo nel tempo stabilito nel capitolato. Se non fu stabilito un termine, gli potria essere diniegato dai creditori fino a che non avesse adempiuto a tutte le prescrizioni del contratto, o dato idonea cauzione di adempierle, per argomento dal § 1052 del Codice civile, per il quale il compratore non può chiedere la tradizione della cosa, se non ha soddisfatto o non è pronto a soddisfare agli obblighi suoi.

Nel caso che il deliberatario avesse diritto all'immediato rilascio, e scoprisse che il fondo rilasciato o da rilasciarsi avesse sofferto delle dete-

riorazioni o delle perdite posteriori non contemplate nella stima, al cui indennizzo non avesse rinunciato, potrebbe egli pretendere una proporzionata ritenzione del prezzo? Parrebbe di sì, in virtù dei principii generali consecrati nei §§ 921-923, 930, 932, 1047, 1049, 1051, 1061 e 1064 del Codice civile (1).

11. Se la proprietà del fondo venduto è divisa come avviene nell'enfiteusi, può accadere che il direttario oltre il pretendere la conservazione del suo diretto dominio esigga delle prestazioni accessorie: quali sono la formale ricognizione del nuovo acquirente, il pagamento del laudemio, e l'esercizio del diritto di prelazione: prestazioni queste che non sono dell' essenza del contratto enfiteutico, ma d'un uso volgarissimo, e quasi esclusivo.

Quanto al diritto di prelazione, egli può esercitarlo comparendo all'asta e pagando od offrendo un prezzo eguale all'intero prezzo offerto dal terzo: così disponesi nel § 1077 del vigente Codice civile (2).

Se il direttario non comparisse all'asta, può egli pretendere d' esservi invitato specialmente? ovvero potrebbe egli esercitare il suo diritto posteriormente? Leggiamo nel § 1076 dello stesso Codice: « il diritto di prelazione, nel caso di subasta giudiziale della cosa che ne è gravata, non produce altro effetto, se non che quegli cui compete questo diritto, *e che sia inscritto nei libri pubblici*, debb' essere particolarmente citato all'asta. » Ma da noi non è possibile quell'inscrizione in mancanza del sistema tavolare: si dovrà dunque dire inapplicabile quella disposizione?

Non sembra, quando si avverta come il § 1073 esigga l'inscrizione per convertire il diritto di prelazione, che è d'ordinario personale, in diritto reale: epperciò la legge stessa riconobbe o suppose che ci possano essere diritti di prelazione che sieno reali, sebbene ciò non accada d' ordinario: e che rimangano reali quantunque non inscritti, quando e dove non esistessero libri pubblici adattati alla loro inscrizione. Tanto varrebbe il dire che presso di noi non ci ha alcun diritto reale, eccetto quello dell'ipoteca e del *jus insistendi* del conduttore, perchè non abbiamo altri registri pubblici che gli ipotecarii. Ma la cosa non è così. Il Codice austriaco ha supposto l'esistenza del sistema tavolare, e dove questo è organizzato, le sue disposizioni devono essere osservate *ad unguem*; ma dove le sue disposizioni sono inapplicabili, non ha derogato

(1) Sembrerebbe a tutta prima che fosse stato giudicato in contrario colle conformi sentenze 31 dicembre 1851 di prima istanza, e 23 luglio 1852 dell' Appello lombardo. Ma era piuttosto una quistione di fatto: se cioè la vendita fosse stata fatta in base alla descrizione peritale, o in base a quello stato qualunque in cui si trovava il fondo all' atto della delibera. Gazzetta dei trib. di Milano, an. IV, 1854, num. 28 e 29.

(2) Leg. fin. Cod. *de jur. emphyteut.* Negri, *de judic. vel praet. pign.* lib. 2 cap. 6, § 1, n. 12. Mangil. *de subhast.* quæ. 108, n. 10. Postio, *de subhastat.* inspect. 36, n. 1. Thesaur. *decis.* 169.

alla giurisprudenza antica; la quale considerò sempre la prelazione del direttario come un diritto reale, e reale come è reale il suo diretto dominio. Quindi inferiamo che il direttario deve essere particolarmente citato all'asta.

E se non fosse citato, egli conserverebbe il proprio diritto contro il deliberatario, per analogia di quanto dispone il § 1079 del Codice civile, che prescrive: « nel caso in cui il diritto di prelazione sia reale, la cosa alienata può ripetersi dal terzo, che sarà trattato secondo il di lui possesso di buona o di mala fede. » Possessore di buona fede non potrebbe considerarsi, se egli avesse acquistato il fondo come di dominio utile; perciocchè dovea facilmente supporre del diritto del direttario, e prenderne cognizione col cercare i titoli giustificativi del dominio acquistato.

Avrebbe diritto il direttario al laudemio, per cagione della vendita giudiziale? Gli antichi non dubitarono (1) che vi avesse diritto; perciocchè la vendita giudiziale in di lui confronto non ha alcuna radicale differenza colla vendita volontaria, non accadendo quella se non in conguenza d' un fatto volontario dell' utilista, il quale coll'assunzione d'un debito o colla costituzione d'una ipoteca si trasse nell' ordinaria conseseguenza dell'espropriazione. Solo ci ha questa differenza che pure non influisce per nulla a pregiudizio del direttario: che cioè l' utilista vendendo volontariamente riceve il prezzo dopo la vendita: contraendo invece debiti, ed aggravando d'ipoteche il fondo enfiteutico, ne anticipa la percezione del prezzo, non essendo l'ipoteca null'altro nell'aspetto economico che una prelevazione, un'anticipata mobilizzazione della proprietà fondiaria. Che se si volesse introdurre una tal differenza in danno del direttario, si vede pur tosto, e fu avvertito dai succitati scrittori, qual agevole via si aprirebbe agli utilisti di schivare la prestazione dei laudemii: purchè lasciassero il fastidio di vendere l'utile dominio ai loro creditori.

15. Se nella vendita esecutiva il deliberatario può paragonarsi a qualunque altro compratore, il primo degli effetti di essa è di tenere obbligato il medesimo al pagamento del prezzo, nei termini e nei modi prestabiliti. Di regola generale nell'editto e nei capitoli per la subasta, secondo che vedemmo prescritto col § 425 del Regolamento giudiziario, l'acquirente è obbligato a ritenere i debiti inerenti al fondo, non iscaduti e per quanto si potessero pagare col prezzo offerto, a meno che i creditori stessi volessero accettare il rimborso avanti la scadenza.

L'ovvia lezione di questa legge, se l'editto e il capitolato vi si fossero perfettamente uniformati, importerebbe a nostro giudizio la necessità di

(1) Mangilio. *de subhast.* quæ. 145, n. 1. Thesauro, *decis.* 139 per tot. Postio, *de subhast.* insp. 58 n. 1. Tiraquello, *de retraict lig.* § 1, gl. 14. n. 14. Gratian, *discept. for.* cap. 544. n. 19. Peregrin, *de jure fisc.* lib. 6. lit. 4. *de vend. et empt.* n. 47.

distinguere: o il prezzo offerto è bastevole alla dimissione di tutti i creditori ipotecarii e alle spese della subasta, o non è sufficiente. Se è sufficiente, il deliberatario è obbligato a ritenere quella parte che sarebbe necessaria a dimettere il credito attualmente insolvibile, alla sua giusta scadenza, a meno che il creditore non volesse accettarne prima il rimborso. Se è insufficiente, egli non potrebbe pagare a nessun creditore prima che la graduatoria e il riparto fossero passati in cosa giudicata; perciocchè potrebbe avvenire che pagasse ad un creditore che non sarebbe collocato utilmente sul prezzo, e dovrebbe ritenere il prezzo per tutto il tempo in cui durerebbe il giudizio d'ordine, se nel capitolato d'asta non avesse ottenuto qualche facilitazione in contrario, e dopo il riparto sarebbe obbligato a ritenere l'importo dei crediti non iscaduti, a meno che il creditore non fosse contento di riceverne il pagamento anticipato. Questa è la precisa disposizione del succitato §. Egli non può pagare cautamente prima della graduatoria e del riparto, e questo è di suo interesse : egli dee ritenere l'importo dei crediti incsigibili, perchè la legge, senza distinguere l'un caso dall'altro, gliene fa un obbligo espresso.

Per la qual cosa non approveremo la sentenza di Carozzi (1), motivata forse troppo ciecamente dall'autorità di Richeri (2), per la quale il compratore sarebbe assolto dall'obbligo di pagare il prezzo direttamente ai creditori, e sarebbe invece liberato da ogni responsabilità, quando depositasse il prezzo in giudizio. Noi non possiamo crederci autorizzati a questa conclusione, che torrebbe ai creditori gli interessi del prezzo chi sa per quanto tempo, e sarebbe in aperto contrasto colla nostra legge (3).

Giovanni Vazzi deliberò degli stabili esecutati, e rimase debitore di una parte del prezzo, cioè di lire 849,369 e degli interessi di più anni ammontanti alla somma di lire 164,810. Nel capitolato d'asta era concessa facoltà a qualunque creditore ipotecario di domandare il deposito giudiziale degli interessi. Alessandro Negri collocato nella graduatoria, ma rimesso a liquidare il proprio diritto, ottenne che il deliberatario fosse condannato a quel deposito. In pendenza di questo giudizio il Vazzi chiese in concorso di altri creditori, che l'obbligo suo fosse limitato al deposito di quella parte d'interessi che sarieno toccati al Negri nel caso che il suo diritto ipotecario fosse stato liquidato. Ebbe favorevole la sentenza di prima istanza. Ma l'Appello lombardo con sentenza 22 aprile 1854, num. 4639, lo respingeva per questi notevoli motivi: « stabilito di comune accordo dagli interessati, o coll'intervento del giudice in una procedura esecutiva immobiliare il capitolato d'asta, e così le norme e condizioni circa il pagamento del prezzo, non potrebbero più venir modificati ed innovati senza l'accordo di tutti. Se, prima che, ciascuno degli

(1) Carozzi, *giurisprud.* vol. 10, *pegno*, cap. 3, num. 21.

(2) Richeri, *Jurisprud.* vol. 9, § 1739.

(3) Nel seguente § LXXIV, num. 4, ritorniamo sopra questa ricerca.

interessati, compreso l'esecutato, acquistasse in tal modo un diritto, potea, attesa l'urgenza del provvedimento, valere la maggioranza delle voci a fissare le norme del pagamento del prezzo, in senso anche del § 11 del Regolamento governativo 27 ottobre 1820; ma dopo non poteva ciò venire più ammesso. E tanto meno poteva ammettersi questa maggioranza di voci nel concreto caso, in quanto il reo convenuto Negri avea in formale giudizio contro il deliberatario, valendosi della facoltà accordalagli dal capitolato, ottenuto il diritto ed addossato al deliberatario il conseguente obbligo di depositare senza limitazione gli interessi scaduti. Dopo ciò era illegale il dispulare dell'interesse che vi possa avere l'appellante oltre i limiti del suo capitale, sebbene a dimostrarlo basta accennare alla maggior garanzia che in tal modo si presenta, e per la quale è a ritenersi che il deliberatario più difficilmente lascierà rinnovare la subasta o spogliarsi dello stabile da lui acquistato, con danno e ritardo nella definizione di quesla procedura (1).

16. Ordinariamente si stabilisce nel capitolato della subasta, per il caso che si permettesse al deliberatario di godere il fondo avanti la scadenza del termine al pagamento del prezzo, che egli debba corrispondere gli interessi da questo decorribili nel tempo intermedio. Pure può accadere, ed accadde talvolta che si sia ommesso questo patto, e il deliberatario non voglia prestar nulla, godendo così per lungo tempo e della cosa e del capitale pecuniario. Si domanda se egli sia pur tenuto a pagare gli interessi, ad onta che egli prima della scadenza del pagamento non si possa dire in mora, e vi sia perciò tenuto come fossero tacitamente pattuiti.

Ella è questa una delle vere quistioni, perchè col fatto solo di essere proposta si mettono a fronte quei due fattori della massima parte delle agitazioni foresi: la virtù letterale del contratto e il sentimento d'equità, che volendo effettuare l'eguaglianza e la concordia nell'ordine civile, fa ogni sforzo per allenire la durezza formale delle leggi e delle private convenzioni. Dall'una parte s'invocano i principii più elementari della interpretazione de' contratti per contrastare al venditore un diritto che non si è riservato espressamente, e che se avesse pattuito avrebbe forse dato motivo al compratore di non offrire o di offrire solo un prezzo minore. Dall'altra parte si allega l'errore, la cui possibilità per lo meno è evidente: perocchè possono i creditori per semplice dimenticanza avere ommesso il patto del pagamento degli interessi in compensazione dei frutti. Ma la sola possibilità non basta senza la prova del fatto positivo; e la prova della ommissione per dimenticanza, per un fatto negativo, è quasi impossibile: *cum per rerum naturam factum negantis probatio*

(1) Gazzetta de' tribun. di Milano, an. 5, 1855 num. 30.

nulla sit (1). Se questa prova riescisse, almeno per valide congliietture, la causa dei creditori non sarebbe difficile; perciocchè avrieno risposto gli antichi col seguente rescritto di Valeriano e Gallieno: *curabit Præses provinciæ compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet,* CUM USURIS *restituere: quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris ætatis* (del venditore) *favor,* LICET NULLA MORA INTERCESSERIT, GENERAVIT (2).

Però il minore avea ben diritto a questa protezione; o non si può dire perciò abbastanza decisiva questa legge nel caso nostro, perchè il contratto di vendita de' creditori non si può sempre impugnare nè colla prova dell'errore, nè coll'eccezione più lauta dell'ignoranza e dell'incapacità civile del minorenne.

Si vorrà forse dire che il debito degli interessi sia corrispettivo al diritto de' frutti, come una conseguenza necessaria del contratto? come un'obbligazione implicita? Ma con questa supposizione si verrebbe alla conseguenza che non ci sia alcun mutuo gratuito, se questa sua qualità non fosse determinata in un'espressa convenzione; nel mentre che nel vigente Codice civile austriaco è considerato per tale ed annoverato tra i contratti gratuiti. Con questa supposizione si niegherebbe la possibilità del caso che il prezzo offerto rappresentasse il valor capitale del fondo insieme a quello del suo godimento fino alla scadenza assegnata al pagamento del prezzo. Eppure è possibile che coll'offerta di una somma precisa si sieno volute acquistare l'utilità permanente del fondo e l'accessoria del suo temporaneo godimento.

Se al deliberatario non avessero i creditori concesso la dilazione al pagamento, avriamo avuto il diritto agli interessi, non pel contratto, ma per legge; in conseguenza della mora, nella quale sarebbe incorso il deliberatario: e si aggiunga anche perchè, potendo i creditori chiedere il pagamento del prezzo nel momento che gli concedeano il godimento del fondo, perchè *qui sine die debet statim debet,* ragion vuole che il deliberatario debba gli interessi del prezzo insoluto; avvegnachè scrisse Ulpiano, *cum re emptor fruatur, æquissimum est usuras pretii pendere* (3). Questa relazione tra l'utile percepito sulla cosa comperata e il debito dell'utile sul prezzo trattenuto, è abbastanza fondata nella natura di queste emergenze di fatto, e non ha di fronte quel terribile ostacolo del patto della lontana scadenza. Ella è già una conclusione arrischiata di obbligare agli interessi il compratore non colpevole di vera mora, e che aspetta d'essere ricercato pel pagamento, e che forse tiene giacente il danaro a quello scopo. Tuttavia se può essa piacere, ci ha troppo cammino a quella del quesito che abbiamo in discorso. Quella può sembrare un'opinione fondata e nell'equità, e nell'autorità degli antichi: questa ha per

(1) Leg. 25, Cod. *de probationib.*
(2) Leg. 5, Cod. *de action. empt.*
(3) Leg. 13 Dig. *de action. empti.*

ostacolo insormontabile il contratto preciso, sul quale può talvolta il compratore aver ragione di fondarsi. In riguardo a quella può piacere la dottrina di Paolo: *post rem traditam, nisi emptor pretium statim exsolvat, usuras ejus præstare cogendus est* (1); può sembrar giusto il rescritto di Severo e Antonino, i quali conchiudevano ugualmente, sebbene il compratore avesse tenuto in pronto e sigillato il danaro del prezzo: *usuras emptor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit, æquitatis ratio præstare cogitur* (2). Ma, senza alcuna ragione diversa da quelle che abbiamo veduto sin qui, non possiamo venire all'affermativa nella diversa specie che abbiamo in esame.

17. Nella giurisprudenza intermedia questa ricerca fu trattata con molto fervore, e fu anche decisa in prò del venditore, per una lucidissima distinzione di Paolo Castrense. Poichè egli disse: o col contratto di compera e vendita non fu ancora trasferito nel compratore il dominio, ed allora non essendo nemmeno proprietario dei frutti deve indennizzarne il venditore col pagamento degli interessi del prezzo: o gli fu trasferito il dominio del fondo, ed acquistò pur quello dei frutti, e non ne dee dar conto a chicchessia (3).

La prima ipotesi può verificarsi nel caso che ci siamo proposti d'un deliberatario che non acquista la proprietà, se non colla successiva aggiudicazione. Potè verificarsi presso gli antichi nel caso che il venditore, pur consegnando il fondo, se ne avesse riservato il dominio fino alla scadenza e al pagamento del prezzo: come era di diritto in alcuni Statuti, e tra di essi in quello di Lucca, come riferisce Filippo Decio, famoso giureconsulto milanese (4).

La seconda ipotesi può riscontrarsi nel fatto d'una vendita susseguita dalla tradizione ed *habita fide de prætio*. Ed in questo caso la opinione più ricevuta è di niegare al venditore espropriato del dominio alcun diritto al corrispettivo dei frutti. Oltre Baldo (5) e Castrense veggasi Fachineo, ove disse che il compratore non è tenuto a ciò nè per la mora, nè per titolo di locazione: *quia nemo conducit rem suam* (6). E Covarruvias parimenti escludeva che fosse tenuto per la mora verso il venditore: *quia ipse traditioni et dilationi consensit; nec ulla est mora emptoris, proprioque consensu venditor renunciasse videtur* (7). La stessa dottrina è insegnata dal cardinal Mantica (8) e da Merenda (9).

(1) Pauli *sententiar.* lib. 1. tit. 17. § 9

(2) Leg. 2. Cod. *de usuris.*

(3) Paulus de Castro, in leg. *Julianus* 13, § *offerri* 8, Dig. *de actionib. empti*

(4) Decio, consil. 119, num. 4.

(5) Baldo, in leg. 1, Cod. *de bonis mater.*

(6) Fachinæus, *controvers.* lib. 2. cap. 32, in medio.

(7) Covarruvias, *var. resol.* lib. 3, cap. 4, num. 5.

(8) Mantica, *de tac. et amb.* lib. 4 tit. 24 num. 15, vers. *sed adverte.*

(9) Merenda, *controv.* lib. 6. cap. 28, n. 3.

Ma nella prima ipotesi, se il compratore non è in mora del prezzo, non può dire però d'avere acquistato per indubbia proprietà i frutti del fondo. Egli può essere venuto al possesso del fondo per semplificarne l'amministrazione nel suo interesse, sino a che ne divenisse vero proprietario: ma non essendo ancora proprietario del fondo, non può appropriarsene i frutti, anzi deve compensare il venditore o i creditori colla dazione corrispettiva degli interessi del prezzo, che rappresenta il valor capitale del fondo. Egli può bene considerarsi nel tempo intermedio come fosse conduttore dello stabile; nel qual punto di vista bisognava decidere, come parve a Giavoleno nel caso seguente: *cum venderem fundum convenit, ut donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? Respondit: bona fides exigit ut, quod convenit, fiat: sed non amplius præstat is venditori, quam pro portione ejus temporis, quo pecunia numerata non esset* (1). Laonde Decio (2) e molti altri dopo il Castrense riferiti da Covarruvias (3) decisero, dovere il compratore l'interesse di questi frutti. Ai quali si può aggiungere il conforto delle opinioni di Salgado (4), Graziano (5), Postio (6) e Paolo Politi (7), per poter asserire che questa fosse l'opinione più comunemente ricevuta.

18. Questa difficile quistione non è ancora composta a dovere nella giurisprudenza moderna, e specialmente nella francese.

La Corte d'appello d'Orléans, col decreto 9 messidoro dell'anno XIII, giudicò doversi prestare gli interessi non pattuiti, per la ragione che il contratto di delibera è oneroso, e come tale importa che la utilità del capitale fondiario si debba conferire con quella del capitale pecuniario del prezzo: epperciò all'utilità dei frutti del fondo debba l'acquirente corrispondere col prestare ai creditori l'utilità degli interessi emergenti dal prezzo. Questa sentenza fu confermata in Cassazione col decreto 23 dicembre 1806 (8). Se questa conclusione ci può piacere nel suo risultato, non può essere soddisfacente nella sua derivazione; perchè non suppone nei termini di diritto la distinzione del Castrense, e non ne dà una ragione ultima, che vinca la forza ripulsiva che nasce dal silenzio del contratto. Però le faremo un accoglienza assai più onesta di quella che possano meritare la disposizione dell'art. 1652 del Codice Napoleone (9), e

(1) Leg. 21. Dig. *locati conducti.*

(2) Decio, cons. 119, per tot. ove tratta specialmente della liceità di questi interessi compelibilmente col Diritto canonico.

(3) Covarruvias, loc. cit. num. 4, il quale però professa un'opinione contraria.

(4) Salgado, *labyr. credit.* lib. 1, cap. 24 num. 35 e 36.

(5) Graziano, *disceptat. for.* 524, n. 6 e 10, et disceptat. 588, n. 17 e 22.

(6) Postio, *de subhast.* inspect. 55, n. 4.

(7) Politi, *de obligat. verb.* dissert. 2, n. 34.

(8) Sirey, *Recueil gen. des lois*, tom. VII. par. 1, pag. 65 e seg.

(9) A questo articolo corrispondono esattamente gli art. 1498 del Cod. siciliano, art. 1469 del Cod. parmense, art. 785 del Cod. ticinese, art. 1659 del Cod. albertino, art. 1555 del Cod. modenese.

l'opinione di Troplong (1). Poichè l'uno dispone e l'altro insegna che l'acquirente sia obbligato a pagare gli interessi del prezzo, non solo nel caso del patto espresso o della mora, ma eziandio tutte volte che la cosa venduta e consegnata producesse frutti od altri proventi. Perciò prescindono dalla superiore distinzione, e il comentatore non esita alcuni istanti a raccomandare come eccellente la sua legge positiva, e fin qui meno male: ma ciò che è più notevole, citando Covarruvias non vide come costui riportasse con esteso discorso la distinzione del Castrense, se il compratore prima della scadenza del prezzo fosse o no divenuto proprietario del fondo; ma citando ancora Pothier suppose che quella distinzione versasse sull'essere o il non essere il compratore *in possessione* detta cosa. La qual supposizione quanto sia ridicola in rispetto alla proposta tesi non è chi nol possa sentire: perchè se si disputa che si debbano gli interessi del prezzo in corrispettivo dei frutti goduti sul fondo comperato, si suppone necessariamente che il compratore ne sia in possesso. Ma se egli non fosse in possesso non godrebbe i frutti, o almeno il venditore invece di agitare la proposta quistione troverebbe assai più commodo partito di godere egli stesso e di non compartecipare al compratore quei frutti, finchè non fosse pagato il prezzo.

A questa, che con tenue espressione diremo inesattezza, il comentatore francese aggiunse quell'altra di attribuire a Fachineo e a Covarruvias questi suoi sogni. E quasi ciò non bastasse, toro affibbiò l'altra non peggiore taccia di confondere la proposta quistione con quella della liceità di questi interessi secondo il Diritto canonico: quistione separata, che essi colla nota diligenza e precisione hanno trattato separatamente. Questo è l'onore che rende il principe dei giureconsulti francesi alla giurisprudenza forastiera. Posto ciò non ci meravigliamo ch'egli aggiungendo poscia che Potthier, adottando quella loro opinione, l'avesse spiegata con ragioni assai più soddisfacenti *pour les esprits judicieux*, dicesse poi che queste ragioni soddisfacenti fossero tali, che non si potesse darne altre che più di quelle fossero così forzate, arbitrarie ed avventate. Se questa è coerenza e discrezione lo dica il benevolo lettore.

Ma lasciamo il comentatore e veniamo alla legge comentata. Colla quale non possiamo a niun patto convenire circa il primo termine della distinzione del Castrense: quando cioè il compratore prima della scadenza del prezzo fosse divenuto proprietario. Poichè come tale s'appropriò e il fondo e i suoi frutti, e non ne deve dar ragione se non del prezzo che s'intende pattuito per l'acquisto del dominio, il quale nel suo concetto comprende il godimento della cosa acquistata. Quella legge è viziata per soverchia generalità: ella non può dunque giovarci come speciale autorità circa l'affermazione della tesi proposta.

(1) Troplong, *vente*, num 599.

19. Regge ella questa seconda conclusione affermativa nel Diritto austriaco? Il nostro Codice civile riconosce gli interessi che derivano dalle convenzioni (§§ 984, 993 e 994), e quelli che derivano dalla legge (995). La legge contempla prima di tutto il caso della mora (§§ 1333-1335 Codice civ.): e riconosce pure la possibilità degli interessi ricompensativi; ma si guardò bene dal dogmatizzare alla francese, che il compratore li debba ogni volta che la cosa comperata producesse frutti. Ella si guardò dallo stabilire che il proprietario irrevocabile del fondo e dei frutti dovesse questi interessi per mera disposizione di legge. Sibbene stabilì che si dovessero nel caso che la proprietà non fosse irrevocabile: come nel caso d'una vendita fatta col patto di ricupera o con quello di rivendita, o della riserva di miglior compratore. In questi casi non decide, è vero, letteralmente la proposta quistione; ma ne facilita indubbiamente la soluzione. Poichè col § 1068 del Codice civile stabilisce che esercitandosi il diritto di ricupera, deve da un canto restituirsi la cosa in istato non deteriorato, e dall'altro il prezzo pagato; e che *gli utili dall'una e dal l'altra parte nel tempo intermedio percetti dal danaro e dalla cosa si compensano vicendevolmente fra essi.* La stessa disposizione secondo il § 1071 vale per il patto di rivendita, e secondo il § 1085 per la riserva d'un miglior compratore. E questo per la ragione ovvia, che il compratore col patto di ricupera o di rivendita o della riserva d'un miglior mercato non acquista che una proprietà condizionata e rivocabile, come dispongono letteralmente i §§ 1083 e 1084, oltre i succitati. Pone dunque la legge il secondo termine della distinzione del Castrense, che cioè il compratore non abbia la proprietà (almeno la proprietà irrevocabile) del fondo e quindi dei frutti. Ma ella dicendo che si debbono compensare i frutti del fondo coll'interesse del prezzo, suppone che il compratore deve al venditore i frutti, e il venditore gli interessi al compratore. Che il compratore li debba, è certissimo, perchè deve restituire la cosa che li produce, come non ne fosse mai stato il proprietario. Egli fu proprietario della cosa e dei frutti in modo rivocabile e condizionato: ei li dovea al venditore, se la condizione accadea. Se egli non avesse pagato il prezzo, non compenserebbe il suo debito de'frutti, ma dovrebbe pagarne l'importo nella misura degli interessi del prezzo. Questa è l'ovvia illazione dal senso volgare di quelle leggi. Questo è ciò che importa e ci basta di stabilire per l'interesse nostro.

Posto avendo la legge questo principio, veniva coi succitati §§ a regolare una contingenza pratica, che il compratore prima d'essere irrevocabile proprietario avesse pagato il prezzo. In questo caso disse ella: quel suo debito di restituire i frutti sia compensato col debito corrispettivo del venditore a restituire gli interessi del prezzo. La legge non dice che questi interessi fossero stati stabiliti nel contratto; e può essere che i contraenti non ne avessero fatto parola. Sono dunque interessi dovuti per legge. Ed ecco stabilite due cose importantissime: come il compratore

prima d'acquistare la proprietà irrevocabile sia debitore dei frutti: e come ci possano essere interessi legali indipendentemente dalla mora, ma pel fatto che i frutti della cosa venduta appartengono contemporaneamente al venditore. Posti questi due principii, si può egli esitare ad accogliere la decisione del Castrense?

E s'aggiunga: questi principii sono consecrati dalla legge non solo nella loro astratta generalità, ma pel § 1089 li vuole applicati alle vendite giudiziali. E nel caso nostro il deliberatario si può certamente parificare al compratore col patto della ricupera e della rivendita: perciocchè colla semplice delibera e coll' immissione in possesso non ottenne prima dell' aggiudicazione l'assoluta proprietà, ma una proprietà condizionala all'adempimento di tutti gli obblighi della delibera: tra i quali v' ha quello del prezzo. Comunque sia stata pattuita una lontana scadenza al pagamento del medesimo, è sempre vero che prima di esso, o per lo meno prima dell'aggiudicazione, il deliberatario dee dar conto dei frutti, e per corrispettivo legale de'medesimi deve pagare gli interessi del prezzo insoluto.

Alcuno risponderà aver diritto il deliberatario all'aggiudicazione quando avesse pagato il prezzo e non altro: aver egli una proprietà condizionata a questo solo obbligo: quindi aver egli diritto d'appropriarsi il fondo e i frutti sotto quell'unica condizione. Ma quell' obbiezione è vinta dal riflesso che il deliberatario acquista una proprietà condizionata *sospensivamente* all'adempimento degli obblighi della delibera, non già in modo risolutivo. Se la condizione è sospensiva si sottintende che il venditore e i creditori rimangano proprietarii dello stabile, sebbene sotto la condizione contraria, la risolutiva (1). Rimanendo proprietarj del fondo, aveano pur diritto ai frutti. Lasciarono il fondo in amministrazione e godimento al deliberatario nell'aspettativa della aggiudicazione, ma non rinunciarono al congruo corrispettivo, ossia agli interessi ricompensativi. Con quell'obbiezione d'altronde si presuppone ciò che è appunto in quistione: si dà per certo che il deliberatario non sia tenuto che al valor capitale del prezzo: proposizione che ci sembra avere bastantemente esclusa. I creditori, s'aggiunga, vendettero il fondo e concessero il godimento anteriore alla scadenza del prezzo: ma si riservarono la proprietà del fondo. In questa riserva è implicita la riserva della proprietà dei frutti. Il prezzo fu stabilito per la proprietà, non per il godimento temporario e precario del fondo, che è una cosa giuridica diversa dalla proprietà venduta. Essendo un diverso oggetto, merita un corrispettivo diverso. Per riguardo al quale non si può leggiermente presumere nè la rinuncia nè la donazione: *neminem scilicet præsumi jactare suum, et id, quod passim nostri scribunt, errorem stultitiamque potius præsumi debere, quam donationem*; così leggiamo presso Merenda (1).

Con questo argomento, rispondiamo alla prima obbiezione che ci siamo

(1) Vedi sotto il § XIV, num. 9, il giuoco di queste condizioni

(2) Merenda, *controv* 28. lib. 6. num. 8.

proposta nell'esordio di questa controversia: che cioè per modificare le risultanze letterali del contratto di delibera, bisogna rilevare con forti congghietture che il venditore avrebbe errato, se il contratto si dovesse interpretare in guisa ch'egli perdesse quel corrispettivo del godimento intermedio; perchè, pur sapendo che prima dell'aggiudicazione il deliberatario non è padrone esclusivo nè del fondo nè dei frutti, conferendogli l'immediato godimento gli attribuiva da una parte la proprietà del fondo condizionata al pagamento del suo corrispettivo, dall'altra la proprietà de' frutti intermedii condizionata al compenso degli interessi, che la legge concede in simili casi come premio del godimento stesso.

Con queste medesime ragioni rispondiamo all'altra obbiezione che abbiamo pur fatta in principio, che per non essere stato dedotto in contratto questo corrispettivo dei frutti, debba a sè imputare il venditore questo suo silenzio; che il deliberatario può rifiutarvisi, perchè può aver pensato di comperare con una sola offerta e il fondo e il godimento intermedio; e che questo debito non si possa dire implicito nel debito del prezzo capitale. Imperocchè venendo nel contratto di delibera due oggetti diversi: la vendita della proprietà che sta per sè stessa, e la concessione dei frutti scadibili prima dell'acquisto della proprietà, l'una non si può confondere coll'altra, come l'accessorio principale: e la proprietà del godimento intermedio non può dirsi trasferita senza un corrispettivo. Questa è la ragione fondamentale della teorica sugli interessi ricompensativi. Il prezzo capitale rappresenta la proprietà assoluta. Gli interessi del prezzo insoluto riflettono il corrispettivo di quel godimento temporario e precario, che non appartiene al compratore, perchè non ancora assoluto signore della cosa comperata.

Questo principio generale, che prima della aggiudicazione il debito pel godimento del fondo deve essere compensato con quello del godimento del prezzo, e viceversa esattamente, fu adottato in pratica in un caso in cui in un capitolato s'era fatto obbligo di pagare gli interessi decorribili dal prezzo della delibera prima dell'epoca in cui cominciava il godimento dello stabile: e fu perciò ridotto a cominciare dall'epoca suddetta: sentenze conformi 17 gennajo 1852, n. 17429, dell'Appello lombardo, e 30 aprile 1852, n. 4108, di terza istanza (1).

20. Superiormente accennammo alla quistione: se il deliberatario dopo aver pagato il prezzo, ovvero un aggiudicatario patisse evizione in seguito ad un'azione vendicatoria promossagli da un terzo, e volesse agire di regresso, potrebbe egli venir contro i creditori che hanno venduto e ricevuto il prezzo in pagamento dei proprii crediti? O non piuttosto dovrà rivolgersi contro il debitore o il terzo possessore da essi espropriato coll'azione ipotecaria?

(1) Gazzetta de' trib. di Milano anno 2, 1852, num. 43.

Nella pratica moderna questa ricerca può sembrar difficile, perchè nelle leggi vigenti non è facile attingere quel principio direttivo, che la giurisprudenza antica ci dona e spiega colla più lucida evidenza. Le leggi romane sancirono, non essere tenuti i creditori a quest'evizione, purchè però provassero d'aver avuto un' ipoteca sul fondo venduto, e non fossero in dolo, o non avessero promessa l'evizione. *Periculum pignorum, nominis venditi, ad emptorem pertinere, si tamen probetur eas res obligatas fuisse* (1). Così disse Paolo, e ridisse: *is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest* (2). E Ulpiano vieppiù confermava questa decisione: *sententiam Juliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque: nam si jure creditoris vendiderit, deinde hæc fuerit evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor præstabit* (3).

Ben a ragione disse che una simile decisione fosse adottata in molte costituzioni, posciachè troviamo nel Codice un titolo apposito che la consacra con questa intestazione: *creditorem evictionem pignoris non debere:* e le due leggi di cui è composto, l'una di Alessandro Severo, l'altra di Gordiano egualmente stabiliscono, non dovere il creditore l'evizione, se non l'avesse promessa (4), od avesse agito con dolo.

Da questi documenti legislativi non è difficile elevarci alla dottrina che li anima. A primo aspetto sembrerebbe che i creditori fossero tenuti dell'evizione, perchè furono essi gli autori della vendita. Ma la cosa non è così, perciocchè essi vendettero, non a nome proprio, ma a nome del debitore o del terzo possessore. In quel modo che gli antichi dicevano figurare il creditore nella vendita privata come un procuratore del debitore: presso a poco lo stesso si può dire nella vendita giudiziale; poichè vendendo essi in virtù del loro diritto d' ipoteca, vendevano colla facoltà ottenuta a tal uopo dal costituente della medesima; avvegnachè dissimo le tante volte come l'ipoteca non sia altro che la facoltà del vendere. In apparenza adunque essi sembrano i venditori, ma in realtà sono i rappresentanti speciali *ad actum* del proprietario costituente dell'ipoteca; *et isto casu*, scrive Neguzanzio, *tenebitur ipse debitor de evictione, quia licet creditor vendiderit, tamen censetur vendidisse debitor, cum ex ejus pacto expresso, vel tacito ex dispositione legis, res vendita sit* (5). E Francesco Balduino: *cum enim jure pignoris bona fide rem vendat, vendit qualem pignori accepit. Cum quis rem vendit tamquam suam teneri de evictione non est dubium; sed cum vendit jure creditoris, et ut sibi obligatam, aliena quodammodo fide vendit* (6). Tant'è che si direbbe essere tenuto dell'evizione il giudice, o l'ufficiale che presiedette alla ven-

(1) Leg. 30. Dig. *de pignor. et hyp.*
(2) Leg. 10. Dig. *de distract. pignor.*
(3) Leg. 11, § 16. Dig. *de action. empti.*
(4) Leg. 68, Dig *de evictionibus.*
(5) Neguzant. *de pignor.* par. 6. m. 1, num. 40.
(6) Balduin, *de pignor.* cap. 18.

dita, perchè sotto l'autorità di costoro fu questa conchiusa colla delibera e coll'aggiudicazione. Eppure avea risposto Ulpiano: *nemo unquam dixit dandam in eos actionem, re evicta* (1).

Il vero venditore non saria adunque altra persona che il costituente dell'ipoteca. E quand'anche si trattasse di ipoteche concesse dal giudice contro la volontà del debitore, non con diverso ragionamento si dovria conchiudere: avvegnachè il debitore coll'aver contratto dei debiti si è messo nell'eventualità della espropriazione e della vendita giudiziale; quindi diremo con Postio: *quasi judex hoc faciat ex præcedenti contractu debitoris, et semper attenditur obligationis origo, quæ, si est voluntaria, operatur ut, quod inde sequitur, etiam voluntarium reputetur, et sic etiam ipsa adjudicatio* (2)... *cum voluntas a judice coacta voluntas sit: ideoque talis in solutum datio et venditio alienatio dicitur voluntaria, non secus, ac si a debitore ipso facta esset* (3). *Et quemadmodum debitor fuit liberatus a debito ex solutione pretii, et sic pecunia ex pignore redacta in ejus utilitatem conversa est, et ejus principaliter negotium gestum est, ita teneri debet, ac tenetur de evictione, ne locupletetur cum aliena jactura* (4). Non potrebbe il deliberatario o aggiudicatario pretendere la restituzione del prezzo dai creditori, perchè questi l'ebbero in tacitazione de' loro crediti, come se l'avessero ricevuto dallo stesso debitore (5).

Dicemmo essere responsale il creditore dell'evizione quando avesse venduto con dolo, cioè avesse venduto un fondo ch'ei sapeva non appartenere all'espropriato (6): non basterebbe però a tener responsale il creditore che l'ipoteca non fosse stata valida per difetto di dominio nel costituente: ma bisognerebbe provare che il creditore accettando siffatta ipoteca avesse saputo che il fondo appartenesse a quegli che l'ebbe poscia a rivendicare dal deliberatario (7).

Se però il deliberatario non avesse ancora pagato o tutto o parte del prezzo, quando gli venisse inferta molestia d'evizione, può rifiutare il pagamento, ove non preferissero i creditori o il debitore di dargli cauzione (8); perciocchè da una parte egli ha diritto ad avere il tranquillo possesso del fondo deliberato, e dall'altra i creditori che pretendono il prezzo devono, come ogni altro venditore, prestare contemporaneamente il libero possesso del medesimo, per argomento da quanto è disposto nei §§ 1052 e 1062 del Codice civile.

(1) Leg. 50. Dig. *de evictionibus*.

(2) Postio, *de subhast.* inspect. 44. n. 14. 15, Mangil, *de subhast.* quæ. 108. n. 12. Tiraquel, *de retraict lignag.* § 1. gl. 14, n. 15-17. Gratian. *discept. for.* cap. 544, n. 17.

(3) Postio, loc. cit. n. 16-17. Mangil, *de subhast.* q. 200, n. 25.

(4) Postio, *de subhast*, inspect. 64, n. 4

(5) Postio. inspect. 63, num. 31.

(6) Neguzant. *de pignor.* par. 6. m. 1, n. 40. Mangilio, *de evict.* quæ. 44, n. 4. Postio, *de subhast.* inspec. 65. n. 19.

(7) Mangilio, *de eviction.* quæ. 44, n. 16. quæ 46, n. 7. et *de subhast.* quæ. 75, n. 9.

(8) Leg. *si post perfectam.* Cod. *de eviction.* Mangil. *de subhast.* quæ 173, n. 8-12. Postio, *de subhast.* insp. 65, n. 34.

21. Il principio che invocammo nella deduzione del caso ventilato or ora, che cioè i creditori vendendo compajono siccome procuratori del debitore od autore delle loro ipoteche, deve essere preso in un senso molto circospetto; perchè se lo estendessimo senza ritegno, verressimo ad illazioni discoste dal vero e pericolose.

Avvegnachè non potressimo in allora comprendere come la vendita giudiziale esecutiva a termini del § 1121 del Codice civile faccia risolvere i contratti di affitto e pigione, come pur dissimo nel § V, num. 11: nel mentre che sussistono nelle vendite private o giudiziali non esecutive, e sono operative contro il successor singolare quando siano inscritte nei registri ipotecarii.

Però di sopra accennando agli effetti generali della delibera notammo come i creditori vendessero a nome del debitore, ma per un proprio diritto. La loro ipoteca fece sì che potessero vendere il fondo quantunque posseduto dal terzo: che s'opponessero alle pretese di qualunque altro creditore che non avesse ottenuto un'ipoteca o un privilegio prima del pignoramento. Qui non ci ha contraddizione, perchè in un medesimo diritto possono coesistere diverse facoltà produttrici di diversi effetti. Nel diritto d'ipoteca ci ha la facoltà del vendere, e il diritto reale di perseguitare la cosa per la realizzazione del credito ipotecato.

Notiamo perciò tra i naturali effetti della delibera pur questo della caducità degli affitti e delle pigioni. Il deliberatario potrà adunque, ad onta che quei contratti fossero inscritti, domandarne la risoluzione. Non occorrerà però un formale giudizio, ma la semplice disdetta di finita locazione, come s'argomenta dal § 1120 del Codice civile alle parole, *dietro dinuncia debitamente fatta*, e meglio ancora dalla sovrana Patente 17 giugno 1837 (1), regolatrice di simile procedura.

22. Anche il terzo principio deduttivo degli effetti della delibera, secondo la speciale virtù di essa come contratto, arreca de' suoi proprii e notevoli corollarii. L'un d'essi fu già per noi accennato quando dicevamo che l'aggiudicazione non si può concedere al deliberatario, che non avesse adempiuto ai doveri della delibera, o non avesse dato cauzione per la di loro osservanza. Ma v'ha di più. Imperocchè talfiata non può bastare questo rifiuto dell'aggiudicazione per costringere al dovere il renitente compratore; egli è un provvedimento utile per impedire che i creditori non sieno privati in una volta e della proprietà del fondo e del suo prezzo. Ma ad essi conviene altresì di costringere colui all'esatta osservanza del contratto, a prestare tutto il prezzo offerto, a sottomettersi a tutte le condizioni accollategli colla delibera. E siccome questa è un contratto obbligatorio per ambedue le parti, ai creditori rimangono intatti i diritti, che in casi consimili concede la legge al venditore; e di più in

(1) Pubblicata colla Notificazione gov. lom. 23 successivo dicembre.

questa vendita giudiziale, avanti l'aggiudicazione, i creditori conservano la proprietà dello stabile deliberato, e con questo possono nuovamente esporlo alla pubblica vendita, e nel caso che colle nuove offerte non potessero ottenere una somma uguale al prezzo esibito dal primo deliberatario, e alle spese cagionate dalla seconda delibera, conservano intatto pel rimanente le loro azioni d'indennizzo verso il medesimo. Questa è la disposizione del § 438 del Regolamento giudiziario, che insieme alle simili leggi di Francia, Piemonte e Modena, abbiamo citato di sopra (num. 3 e 4) (1). Così fu giudicato che un creditore graduato utilmente e non soddisfatto dal deliberatario può, dopo aver fatto rivendere il fondo, chiedere il residuo del proprio credito sul deposito della prima subasta: sentenza 24 maggio 1854, n. 5320, di prima istanza confermata dalla decisione 16 novembre 1854, n. 10840, della suprema Corte di giustizia (2).

In questo caso, in cui diciamo che i creditori avessero a risentire un danno pel minor ricavo della seconda delibera, i creditori non potriano pretendere nulla più che la rifusione del danno effettivo, che è rappresentato dal supplemento al primo prezzo e dall'abbuono delle spese della seconda delibera; poichè la legge dice soltanto che la nuova subasta si dovrà fare *a spesa e pericolo* del primo deliberatario.

Ma la nuova subasta può essere più profittevole della prima per una più lauta offerta. Nel qual caso non dubitiamo che ne siano avvantaggiati i creditori, per questa semplice ragione che essi vendettero una cosa che era ancora in loro potere e diritto: avvegnachè il primo deliberatario non acquistonne ancora l'irrevocabile proprietà, perchè non ne meritò, nè ebbe l'aggiudicazione: e quel dominio revocabile che ottenne colla delibera e col rilascio fu appunto rivocato colla rivendita. Non vale l'opporre, come fa Basevi (3), che prima dell'aggiudicazione il fondo rimane *sub judice*, com'egli dice, fino a che il primo deliberatario non avesse adempiuto a' suoi doveri: ma che tuttavia egli ne sia proprietario, e rivendendosi lo stabile a suo pericolo, egli si debba considerare come un debitore esecutato, in riguardo al prezzo; imperocchè pur egli ci concede che la ritardata consegna od aggiudicazione sia *una cautela* per assicurare il pagamento del prezzo; e se ci concede questo, bisogna pur che convenga d'aver torto nel dire che questa cautela non sia una condizione risolutiva del titolo *ad rem* o dello stesso dominio che verrebbe ad acquistare colla delibera, come avvertimmo di sopra. Ed egli stesso d'altronde ci esibisce in conferma dell'opinione che abbracciamo, un giudicato de' nostri tribunali, e il § 520 del nuovo Codice

(1) Vedi anche gli art. 737-744 del Codice di procedura francese, gli art. 805-812 del Cod. proc. di Piemonte, e gli art. 959-962 del Cod. proc. modenese.

(2) Gazzetta de' trib. di Milano, anno 5. 1855, num. 53 e 54. Vedi nel num. 83 dello stesso anno un altro caso circa la forma di giudizio colla quale deve procedere un creditore contro il deliberatario dopo il riparto.

(3) Basevi, al § 1089 Cod. civ. austr.

processuale della Transilvania, alle quali gravissime autorità aggiungiamo quella pur rispettabile dell'avvocato Giambattista Pagani, manifestata in un apposito articolo del giornale veneto di giurisprudenza pratica (1), e di più l'autorità del Codice processuale francese, che nell'art. 744 dice espressamente che il deliberatario non può reclamare il di più che si fosse ritratto dalla rivendita, e che si paga ai creditori non soddisfatti. Identica è la disposizione dell'art. 810 del Codice di procedura di Piemonte, e quella dell'art. 962 dal Codice processuale modenese.

23. Prima di chiudere questo § dobbiamo cercare: se gli altri creditori possano promuovere e condurre per proprio conto la procedura esecutiva sopra un medesimo fondo già esecutato da un altro, o per lo meno se possano essi continuare per conto proprio la procedura intralasciata dal creditore esecutante: e da ultimo se un creditore qualsiasi possa chiedere contemporaneamente l'esecuzione per uno stesso credito sopra più fondi situati in circondarii diversi.

Nell'interesse della prima e della seconda ricerca osserviamo come per le leggi francesi ed italiche non potessero gli altri creditori praticare l'esecuzione distintamente e contemporaneamente a quella già intrapresa da un altro, essendo che per gli art. 678 e 679 del Codice di procedura civile il conservatore deve rifiutarsi alla trascrizione d'un secondo pignoramento, e per gli art. 719 e 720, se due creditori avessero praticato il pignoramento di due diversi stabili in pregiudizio dello stesso debitore e davanti allo stesso tribunale, i due pignoramenti si riuniscono in una sola procedura da continuarsi da colui che pel primo ottenne il pignoramento. E nel caso che l'esecutante indugiasse per collusione, frode, o negligenza gli altri creditori possono chiedere la surrogazione nel suo luogo, secondo gli art. 721-725 dello stesso Codice (2). E nell'art. 696 dello stesso Codice di procedura è proibito al conservatore di cancellare il primo pignoramento senza il consenso degli altri creditori (3).

Le leggi austriache non hanno alcuna speciale disposizione in proposito, e fu perciò giudicato: non potere gli altri creditori domandare la continuazione degli atti esecutivi, intralasciati da un altro creditore: decreto 12 dicembre 1851, n. 44241, d'un tribunale di prima istanza, confermato dall'Appello lombardo col decreto 6 febbrajo 1852, n. 1841 (4). Quindi ci sembra che qualunque e ciascun creditore può chiedere un separato pignoramento, non allo scopo di promuovere dei distinti atti esecutivi, ma per poter essi procedere all'ulteriore esecuzione, quando il primo esecutante desistesse dalla propria. Finchè egli continua regolar-

(1) Giorn. di giurispr. prat. di Venezia, an. 6, 1855, num. 5.

(2) A questi art. 678, 679, 719-725 del Codice proc. francese corrispondono gli art. 788-790 e 857 del Cod. proc. di Piemonte, e gli art. 884 e 894 del Codice process. modenese.

(3) Così è pur disposto negli art. 217 e 218 del Regolam. legislat. di Gregorio XVI.

(4) Gazzetta dei tribunali di Milano, an. 2 1852, num. 25.

mente nella via prescelta, gli altri, in quanto possono essere soddisfatti sugli immobili esecutati, concorrono assieme. Quindi fu giudicato che la subasta di stabili chiesta da uno dei creditori inscritti, produce gli effetti di una generale esecuzione nell'interesse di tutti gli altri creditori, e non si può procedere alla subasta di una parte di essi stabili per istanza di creditori aventi ipoteca sopra questa sola parte: quali furono i fratelli Baldassare ed Antonio Buri. Aveano essi ricorso all'Appello dicendosi pregiudicati dalla stima e dal capitolato d'un'asta provocata da un altro creditore: e l'Appello, sospesa l'asta, ordinò la convocazione dei creditori per deliberare sui capitoli proposti. Pendenti le deliberazioni, i fratelli Buri domandarono la subasta solo dei fondi ipotecati a sè medesimi. Fu loro accordata in prima istanza; ma fu negata dall'Appello lombardo col decreto 24 luglio 1855, n. 12559 (1).

Se gli altri creditori, di cui diciamo, dopo che l'esecutante avesse desistito dagli atti intrapresi, volessero procedere alla esecuzione, crediamo che potrebbero risparmiare una nuova stima, quando la stima del precedente fosse di data recente; e potrieno dopo il pignoramento chiedere senz'altro la subasta. Imperocchè pensiamo che questa pratica costosa sia ordinata dalla legge nell'interesse piuttosto dell'espropriato che dei creditori, e quando ella si ottenne in qualunque siasi modo conveniente all'indennità degli uni e dell'altro, si debba risparmiare loro una inutile spesa. Per il che la legge stessa ci rinfranca coll'esempio nel caso della rivendita a rischio del primo deliberatario, secondo che dispone nel § 438 del Regolamento giudiziario, ove dice che debba praticarsi appunto senza una novella stima.

Anche in riguardo alla terza ricerca la legge nostra non stabilisce alcuna limitazione al libero arbitrio dell'esecutante, siccome dissimo sotto il § LVI, e il num. 2 del seguente § LVII, coll'autorità del § 465 del Codice civile, e del § 400 del Regolamento giudiziario. Epperciò quello che ivi dissimo sulla scelta che compete al creditore di eseculare piuttosto i beni mobili che gli immobili, i beni posseduti dal debitore o dal terzo, può valere nel caso presente della contemporanea esecuzione di diversi stabili ipotecati al medesimo credito: a meno che il giudice per equità s'arrendesse all'istanza del debitore che dimostrasse evidentemente come un fondo bastasse all'indennità dell'esecutante: come sentenziò il tribunale civile di prima istanza in Milano col decreto 15 dicembre 1835, n. 1749, riferito dai comentatori (2).

Sono quindi inapplicabili le norme prescritte negli art. 2210 e 2211 del Codice Napoleone, imitate negli altri Codici italiani (3); ove si di-

(1) Gazzetta dei trib. di Milano, an. 5, 1855 num. 123.

(2) Castelli, Amati, e Sonzogno al § 400 del Regolamento giudiziario.

(3) A quest'art. diffatti corrispondono gli art. 2111-2116 del Cod. civ. siciliano e gli art. 2345 e 2346 del Cod. albertino.

spone cioè che la vendita forzata dei beni situati in differenti circondarii non può promuoversi che successivamente, se non formano parte di una sola e medesima tenuta.

§ LXII.

È in facoltà del creditore esecutante di impetrare dal giudice l'assegno dello stabile a prezzo di stima. Si dovranno tuttavia previamente sentire i creditori prenotati sul fondo, che non fossero cautati coll' importo della stima, per rilevare se taluno di loro contro lo sborso attuale dell' importo del credito dell'attore volesse ricevere il fondo al prezzo della stima oppure venderlo all' asta. Il termine da assegnarsi per la loro comparsa deve essere in ragione della loro dimora, ed uguale a quello che si deve fissare ai convenuti per la produzione della risposta. Passato questo termine non dovrà alcuno di loro venire sentito. Ma, se venisse omessa l' intimazione, il decreto di rilascio non sarà di pregiudizio ai loro diritti.

Arg. dai §§ 418-420 del Regolamento giudiziario e dal § 6 del Decreto 16 ottobre 1851 del Ministero della giustizia.

SOMMARIO

1. Della domanda dell'assegno giudiziale, e della parziale derogazione al § 418 del Regolamento giudiziario.
2. I creditori non coperti dal prezzo della stima possono fare opposizione, e quale e sotto qual condizione.
3. Deve pur essere citato il debitore o possessore. Se possano fare opposizione.
4. Esame della legislazione comparata.
5. Conclusione e limitazione: possono domandare la subasta, quando il creditore che domanda l' assegno sia assicurato dal pericolo della subasta.
6. *Quid juris*: se il credito di chi domanda l' assegno non sia compensabile col prezzo di stima, e i creditori anteriori chiedano la subasta senza offrirgli il pagamento del suo credito.

1. La vendita giudiziale non è il solo modo con cui si realizza coattivamente il diritto ipotecario: nell'universale giurisprudenza si praticò quest'altro modo, di dare al creditore, in luogo del pagamento pecuniario, la proprietà stessa del fondo messo in esecuzione, per un valore de-

terminato, sul quale si sconta la sua ipoteca. Questo modo di procedura più o meno distinto, e con varii nomi indicato, nella nostra giurisprudenza si chiama *assegno esecutivo.* Intorno al quale il vigente Regolamento giudiziario nel § 418 dispone che: « qualora entro giorni trenta, da contarsi da quello in cui il documento della stima potrà levarsi in cancelleria (ciò che dovrà notarsi sul medesimo), nè l'una nè l'altra parte avesse fatto istanza per la subasta del fondo, sarà l'attore obbligato ad accettare lo stabile al prezzo della stima, ed il reo a lasciarglielo per tal prezzo. Si dovranno tuttavia previamente sentire i creditori prenotati sul fondo che non fossero cautati coll'importo della stima, per rilevare se taluno di loro, contro lo sborso attuale dell'importo del credito dell'attore, volesse ricevere il fondo al prezzo della stima, oppur venderlo all'asta. Se ciò venisse ommesso, il decreto di rilascio non sarà di pregiudizio ai loro diritti ».

Una legge recente abrogò parzialmente quella disposizione. Imperciocchè col Decreto 16 ottobre 1851 del Ministero della giustizia nel § 6 abrogò « la disposizione del Regolamento giudiziario, secondo la quale devesi ricercare entro trenta giorni la subasta di un fondo stimato in via esecutiva, mentre in caso contrario è obbligato il debitore di rilasciarlo al creditore a prezzo di stima, e il creditore di accettarlo a tal prezzo. È quindi in facoltà tanto dell'attore, quanto del reo convenuto di fare istanza per la subasta del fondo senza essere in ciò astretto ad un termine perentorio. Questa prescrizione è applicabile per tutti quei casi in cui, all'atto della pubblicazione della presente ordinanza, non è ancora perento il diritto di domandare la subasta. »

Diciamo contener questa legge una parziale abrogazione; e sembrerebbe invece che il § 418 fosse del tutto abrogato. Avvegnachè, se il creditore e il debitore possono in qualunque tempo addomandare la subasta, risulterebbe che allorquando fosse utile al creditore di avere il fondo a prezzo di stima, non piacerebbe sempre al debitore di lasciarglielo a tal condizione, speranzoso d'una vendita migliore. Se invece interessasse al debitore di lasciare al creditore il fondo a tal prezzo questi vorrebbe sottrarsi col domandarne la subasta. E se s'accordano l'uno nel volerlo acquistare, l'altro nel lasciarglielo a prezzo di stima, tant'è che s'accordino con una dazione volontaria. E in questo caso non avressimo più quell'aggiudicazione coattiva che forma lo speciale oggetto del § suddetto. Dunque potremo dire essere egli radicalmente abrogato?

Eppure nol crediamo: perchè da una parte avvisiamo che in alcuni casi possa interessare al creditore d'avere una dazione coattiva e giudiziale; dall'altra la forma della legge novella ci autorizza a stabilire che la sua abrogazione non sia che parziale.

E di vero: le espressioni del Decreto ministeriale non tolgono altro che il termine perentorio alla domanda della subasta; ma non distruggono la possibilità del diritto nel creditore ad ottenere la aggiudicazione

coattiva del fondo. Un debitore, lusingandosi di lontane risorse, o pel maltalento di affaticare cogli indugi l'avversario può rifiutarsi a cedergli il fondo a prezzo di stima. Il creditore dall'altra parte non vorrebbe esporsi alle spese e ai pericoli d'una subasta, e ne preferirebbe l'aggiudicazione a prezzo di stima, perchè nella peggiore ipotesi calcolerebbe di compensare il suo credito; nel mentre che, se in mancanza di oblatori dovesse deliberare egli a prezzo stima, patirebbe una sensibile diminuzione nelle spese della subasta. S'aggiunga poi quanto l'esacerbazione degli animi allontanerebbe il creditore e il debitore da un'amichevole accordo: e quindi con quanto pericolo e danno rispettivo le esecuzioni si spingerebbero agli estremi, poichè il creditore irritato può lasciare che si venda il fondo a prezzo inferiore del suo merito, e riservarsi di sfogare il suo dispetto nell'esecuzione personale. Il creditore poi può avere un deciso interesse ad impetrare questo assegno esecutivo, invece della volontaria dazione in soluto, specialmente nel caso che ci fossero creditori ipotecarii, le cui pretese eccedessero il valore stimato del fondo; posciachè noi stabiliremo nel vegnente Capo terzo, come anche in base a quest'assegno giudiziale si possa aprire il giudizio di ordine e purgare il fondo dalle ipoteche non utilmente collocate. E dunque utile e giusto partito quello di lasciare al creditore l'iniziativa per affrettare l'esecuzione con questo rimedio di legge; salvo alle altri parti interessate di provvedere all'indennità propria come vedremo.

2. Questo modo speciale di realizzare coattivamente il diritto ipotecario s'assomiglia negli effetti alla vendita giudiziale, e valgono anche per esso le norme direttive generali che ponemmo a cappello della vendita giudiziale: le quali norme traggono la loro ragione nella coesistenza dell'interesse degli altri creditori inscritti, e di quello del possessore del fondo esecutato.

Come nella vendita porremo adunque che anche in quella impetrazione del dominio occorra la convocazione degli altri creditori e del possessore, i quali hanno interesse di conoscere e fors' anco d'impedire l'ottenimento dell'assegno.

Deve il creditore esecutante citare in giudizio le persone interessate a fargli opposizione. Il giudice, secondo che prescrive il § 419 del Regolamento giudiziario, deve assegnare un termine proporzionale secondo la diversità della loro dimora, ed eguale a quello che si deve fissare ai rei convenuti per la produzione della risposta. Passato questo termine, vi si soggiunge, nessuno dei creditori deve essere sentito.

Ma non tutti i creditori inscritti possono avere un ragionevole interesse con cui motivare il loro dissentimento. Perciocchè a coloro, che per il grado di priorità inerente ai loro crediti sono certi d'essere soddisfatti col prezzo della stima, resta indifferente l'aggiudicazione impetrata dall'esecutante.

Per questa ragione nel § 418 dello stesso Regolamento si prescrisse l'obbligo a costui di convocare solo *i creditori prenotati sul fondo che non fossero cautati coll'importo della stima.*

Essi devono essere sentiti *per rilevare*, dicesi in quella legge, *se taluno di loro contro lo sborsò attuale del credito dell'attore, volesse ricevere il fondo al prezzo della stima, oppur venderlo all'asta.*

Importantissima e saggia limitazione è cotesta: essi non possono fare opposizione se non contro lo sborso attuale del credito dell'attore: *præsenti pecunia* avrebbero detto gli antichi. Volevano essi arrischiarsi all'eventualità d'una subasta, che può riescire anche a prezzo inferiore della stima? ne assumano il pericolo: dimettano il creditore esecutante, e tentino essi la fortuna dell'asta. Così provvedono all'interesse proprio, nello stesso tempo che non danneggiano il creditore, pagandogli quel credito, per cui avea sollecitata l'esecuzione.

Possono ancora addomandare a sè stessi l'aggiudicazione del pegno, secondo il diritto che loro attribuisce la stessa legge: però con patto che paghino attualmente il credito dell'attore. Questa loro facoltà è una conseguenza della surroga legale che essi acquisterebbero in seguito alla dimissione del creditore esecutante, il che sarà per noi trattato nel § seguente.

Lo Zini riferisce il seguente giudicato. Teodolinda Galli vedova Crivelli creditrice avea oppignorato un fondo. Passati i trenta giorni del § 418 del Regolamento giudiziario, domandò il rilascio di quel fondo, citando i creditori. S'opposero costoro senza redimere il credito suo. Il tribunale di prima istanza di Milano col decreto 23 agosto 1827 n. 21043 concedè il rilascio per questi motivi: ritenuto ciò che è disposto nel § 418 del Regolamento giudiziario, e che i creditori inscritti sono interpellati allo scopo unico di guarentire meglio il loro interesse, salvo quello dell'esecutante; ritenuto che, nel mentre la legge, anche per non protrarre a termine indefinito la procedura, permette che il dominio del fondo si devolva all'esecutante dopo il lasso del termine suindicato, lascia ai creditori la facoltà di rilevare il fondo o di venderlo all'asta, ma nell'esercizio di tale facoltà non possono ledere il privilegio inerente per legge al pignoramento giudiziale, e solo possono togliere di mezzo l'esecutante col redimere il suo credito, venendo in tal modo a cessare lo scopo e l'oggetto dell'impetrata esecuzione; ritenuto perciò che lo sborso del credito dell'esecutante cade ad obbligo degli opponenti al rilascio del fondo, non solo nel caso che lo rilevino a prezzo di stima, ma anche quando ne esigano la vendita all'asta... questo tribunale dichiara competere a Teodolinda Galli il diritto di ricevere e comperare a prezzo di stima ec. (1)

(1) Zini. *Giurispr. prat.* vol. IX, par. 1, pag. 82

3. La domanda del creditore esecutante deve pur essere proposta in confronto del debitore o possessore dello stabile ipotecato: quantunque il § 418 del Regolamento non lo rammenti neppure. Però non ci può essere dubbio alcuno sulla necessità pratica di questa intimazione, stante il principio generale predicato nel § 490 della stessa legge di procedura, per il quale tutte le ordinazioni che emanano dal giudice negli atti esecutivi devono essere intimate tanto alla parte dalla cui istanza derivano, come eziandio alla parte contraria.

Notiziato che fosse il debitore o possessore, contro di cui si procede, si dovrà prestare attenzione al suo dissenso circa la domanda dell'assegno giudiziale? Il suo interesse sarà meritevole di riguardi egualmente come quello di costoro? E se il fosse quali dovranno essere le condizioni del suo dissenso? Avvertiamo prima di tutto, come al debitore o possessore sia stata riservata dal succitato Decreto ministeriale la facoltà di domandare la subasta giudiziale pel proprio fondo, in qualunque tempo. Egli può averla chiesta prima che il creditore avesse spiegata la domanda per l'assegno: ed allora non ci ha dubbio ch'egli dovria andarne esaudito. Ma se non l'avesse chiesta prima d'allora, o nel giorno stesso in cui il creditore avesse chiesto l'assegno, potrebbe egli chiederlo con effetto dappoi? ovvero potrebbe egli fare opposizione a questa domanda, riservandosi di spiegarne l'istanza entro un dato termine?

L'affermativa per l'una e l'altra quistione incontra una seria difficoltà in pensando come la legge non ammette le opposizioni degli altri creditori se non a patto che essi rimborsino all'attore l'importo del suo credito: ed ella quindi non può essere più corriva pel debitore, che è pur sempre tale, ed ha diritto di chiedere la subasta solamente (per quanto io credo) allo scopo di affrettare la esecuzione, e non si può dire pregiudicato dall'assegno, perchè dovendosi fare a prezzo di stima, o questa essendo giudiziale, s'intende rappresentare esattamente l'ordinario valore della proprietà sua.

Oltre di che la legge concedendogli la facoltà di evitare la subasta in qualsivoglia tempo, a quello scopo di affrettare l'esecuzione, ha pure conservato al creditore il diritto di impetrare l'assegno esecutivo. Di modo che appena questi ha spiegata la relativa istanza, ha prevenuto coll'esercizio del proprio l'esercizio del diritto del debitore: e, come dispone il § 514 del Regolamento giudiziario costui potrebbe spiegare la sua domanda validamente solo fino al giorno e nel giorno stesso in cui la parte contraria fa uso avanti al giudice del diritto che le deriva dall'avere colui ommesso l'esercizio del proprio. Gli è ben vero che in questa legge si allude precisamente all'esercizio d'un diritto, pel quale è prescritto un termine, e che nel caso nostro, per il succitato Decreto ministeriale, il debitore non è obbligato a presentare la domanda per la subasta entro un termine preciso; ma gli è pur vero che ci ha un termine naturale a questa sua domanda, che finisce nel caso che il creditore avesse chiesto

l'assegno esecutivo, o, come direbbe quella legge, dopo il giorno in cui il creditore fa uso del proprio diritto, non può il debitore esercitare quel diritto che gli spettava nel caso che il creditore non avesse chiesto l'assegno. Il Decreto ministeriale 16 dicembre 1851 ha levato il termine perentorio di trenta giorni, non solo per l'interesse del debitore, ma eziandio per quello del creditore: quindi ha dato abilità a costui di chiedere l'assegno, quando egli il volesse. Lo stesso Decreto non ha, dopo ciò, aggiunto sillaba al § 418, o non diè facoltà alcuna al debitore o possessore di fare opposizione a quella domanda del creditore: e tanto meno poi gli accordò un privilegio maggiore di quello che è concesso agli altri creditori, di opporsi cioè all'assegno senza dimettere il creditore che lo domanda.

Quindi stimiamo che il debitore o possessore non possa fare alcuna efficace opposizione che non sia accompagnata dalla prova d'aver egli effettivamente addomandata la subasta prima o nel giorno in cui il creditore avrà chiesto l'assegno.

4. In questo argomento non possiamo ajutarci di molto coll'autorità della giurisprudenza universale per la diversità grandissima delle diverse legislazioni. Quando l'esecuzione non era circoscritta dalle garanzie volute dall'interesse dei creditori e dei debitori, si andava assai più a rilento, che non oggidì, nel concedere al creditore esecutante l'aggiudicazione del pegno giudiziale: *in causa judicati pignora ex auctoritate præsidis capta, potius distrahi, quam jure dominii possideri, consueverunt* (1). E non si concedeva se non dopo che era mal riuscita la subasta: *si pignora quæ capta sunt emptorem non inveniant, rescriptum est ab imperatore nostro et divo patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est* (2). Così Ulpiano; e Gordiano imperatore soggiunse: *si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet* (3). E lo stesso fu pur prescritto da Giustiniano: doversi concedere l'aggiudicazione solo quando la cosa non avesse trovato un compratore: *sin vero nemo est qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam jure dominii possidere* (4). E prescrisse che si dovesse stimare giudizialmente la cosa, e al prezzo di stima aggiudicare al creditore (5), salvo al debitore di ricuperarla pagando il suo debito entro due anni dal dì della aggiudicazione (6). Ma questa disposizione di Giustiniano non può servire di modello alla sapienza legislativa di alcun popolo: perciocchè si

(1) Leg. 3 Cod. *si in causa judic. pign. capt.*

(2) Leg. 15 § 3. Dig. *de re judicata.*

(3) Imp. Gordiano nella leg. 3. Cod. *si in causa judicat. pign. captum.* ed Alessandro Severo nella leg. 1 Cod. *de jure domin. impetrand.*

(4) Leg. 3. § 2 Cod. *de jure dominii impetrand.*

(5) D. Leg. 3 § 6.

(6) D. leg. 3 § 3.

favorisce il debitore con un lenerume che è incompatibile affatto coll'attività economica di qualunque tempo. Il creditore per venire a questa aggiudicazione avrebbe dovuto passare per una serie interminabile di pratiche: dovea dal dì della sentenza attendere due anni: poi dovea tentare la vendita, e riuscito vano il tentativo denunciare al debitore di pagare, e il giudice prescrivere un altro termine per dargli tempo. Solo dopo che si era accertata l'inutilità di questi riguardi, si domandava l'aggiudicazione, risolubile dopo altri due anni (1). Noi dunque non invocheremo l'autorità di questa legge, nè vi presteremo maggiore attenzione di quella che vi prestasse la pratica dell'antica giurisprudenza italiana, che l'avea meritamente rifiutata (2).

E neanche la moderna giurisprudenza francese può opporre alcun ostacolo alla nostra conclusione, perchè tutt'affatto differente dalla nostra è l'economia dell'esecuzione sua in questo argomento. Essa non riconosce, propriamente parlando, nell'aggiudicazione da farsi al creditore un modo distinto di esecuzione; ma impone al creditore esecutante di offrire egli pel primo un prezzo nella stessa istanza o quaderno, che egli presenta in cancelleria quindici giorni almeno prima della pubblicazione degli editti (3). Se non si presentano alla subasta maggiori esibizioni, egli resta aggiudicatario per il prezzo offerto (4). Ma se il debitore per questa legge è guarentito che, se ci fosse la possibilità d'una buona offerta, ella saria presentata all'asta, non così non potrebbe accontentarsi della prima offerta dell'esecutante, perchè essa non ha un *minimum* determinato in base ad una stima giudiziale, come avviene nel nostro sistema.

Nel Diritto modenese non si ammette l'assegno esecutivo se non dopo riuscite inutili le subaste: e già vedemmo come questo assegno si fa a tutti i creditori inscritti, al dieci o al quindici di sconto sul valore peritale (5).

Nel Diritto piemontese si riconosce questo modo speciale di esecuzione sotto il nome di *aggiudicazione* (6); la quale si fa previa la giusta stima dell'immobile mediante un perito giudiziale, e si concede al creditore col beneficio del quarto meno del valore stimato, se il fondo è suscettivo di comoda divisione, e se non lo è, senza il beneficio del quarto per la porzione eccedente il suo credito, e coll'obbligo di pagare entro l'anno il detto eccedente cogli interessi (7). Durante questo anno successivo può il creditore stesso domandare la subasta nel caso che l'eccedenza del va-

(1) Neguzant. *de pignor*. par. 6, m. 1. n. 10. Zoesio, in pand. *de distract. pign*. n. 13. Struvio, *Syntagma jur. de distract. pignor*. thes. 47. Hotoman, in Dig. tit. *de distract. pignor*. Donneau, *de pignor*. cap. 10 e 11, de'due biennii vorrebbe farne un solo: ma vi resisto la lettera della legge.

(2) Vedi ciò che dissimo in riguardo alla vendita in principio del § precedente LXI, n. 1, ed in proposito la Glossa, e Baldo a questa legge e Politi, *de divers. contract. dissert*. 18 n. 6..

(3) Art. 697 Cod. di proc. franc.

(4) Art. 698 Cod di proc. franc.

(5) Vedi sopra § LXI num. 3.

(6) Art. 2328 del Cod. albertino.

(7) Art. 2330 del Cod. albert. art. 765-768 del Cod. sardo di proc. civ.

lore sia d'un terzo del valore totale dell'immobile. In questo periodo può il debitore riscattare l'immobile pagando il credito cogli accessorii o colle spese; e può anche farlo subastare sul prezzo dell'aggiudicazione (1). Dal che si vede come questa legge sia meno riguardosa al debitore che non la legge austriaca: prima perchè permette l'assegno, non al prezzo di stima, ma ad un quarto meno; dappoi perchè non ammette il riscatto che dopo pagato il credito, e non concede la subasta se non sopra il prezzo dell'aggiudicazione, vale a dire se non procurando per altra via il prezzo del riscatto. Invece che la nostra legge senza tante ambagi permette al creditore l'immediato assegno *in soluto*, ma a prezzo di stima, che è il valore ordinario della cosa.

5. Riteniamo perciò che quantunque sia rispettabile l'interesse del proprietario, non si possa recedere dalla conclusione che abbiamo superiormente proposta. Imperocchè la domanda dell'assegno, come anteriore in tempo, deve essere preferita alla posteriore della vendita; e nessuna efficace opposizione può propriamente fare il debitore agli atti esecutivi, perchè respinta dall'eccezione del suo obbligo al pagamento del debito. E, per analogia di ciò che il § 418 del Regolamento giudiziario dispone in riguardo agli altri creditori ipotecarj, si deve dire che il creditore esecutante non possa da parte del debitore soffrire opposizione alla sua istanza, se non gli si offre il pagamento del credito, dal quale procedessero i suoi atti esecutivi. E quindi inferiamo: se i creditori non obbligati in alcun modo verso l'esecutante, nol possono ridurre al silenzio se non col pagamento, tanto più nol potrà il debitore o possessore senza quella condizione, che è pure un suo obbligo o personale o reale.

Nè l'interesse del proprietario può meritare una protezione così nociva alla diretta realizzazione del credito, quando si consideri come ad esso si sia prudentemente provveduto coll'aver assunta la stima giudiziale del fondo, e quindi si tolse il pericolo che il creditore coll'impetrata aggiudicazione agognasse ad acquistare il suo pegno per un prezzo inferiore al suo valore. Questo avvertimento toglie ogni speciosità alla nostra conclusione, e fa dileguare quei riguardi d'equità e di deferenza, di che si suole essere prodighi verso la miseria dell'espropriato.

Poichè dall'altra parte, dopo provveduto all'indennità ordinaria del debitore, non bisogna esporre il creditore alle spese delle subaste, e privarlo di quei vantaggi che egli potrebbe godere per l'affezione del fondo, come sollievo alla perdita d'un credito che non gli potrebbe forse essere rimborsato, perchè non collocabile utilmente sul prezzo.

Però nel dire che il creditore ha diritto ad essere tenuto indenne delle spese e degli altri pericoli della subasta, poniamo una ragione che racchiude analiticamente diverse limitazioni alla conclusione generale. Per-

(1) Art. 2330 e 2331 del Cod. albertino.

clocchè ogni volta che al creditore esecutante non fosse per derivare alcun danno dalla subasta sollecitata dal debitore dopo la domanda dell'assegno giudiziale, come per esempio se egli avesse collocato il suo credito in un grado che lasciasse dopo di sè fino al valore della stima un valore realizzabile sul prezzo stesso, e sufficiente per coprire le spese della subasta: siccome il creditore potrebbe adire all'asta offrendo lo stesso prezzo della stima, e compenserebbe pure le spese della subasta, così egli non può dire d'essere in pericolo alcuno seguendo il desiderio dell'espropriato; il qual suo desiderio appunto perchè offende nessuno assume la forma di diritto. Può accadere tuttavia che nella subasta il creditore possa risentire un danno, perchè le spese relative non sieno punto realizzabili sul prezzo che egli intenderebbe di offrire, non superiore alla stima: eppure in questo caso non varrebbe la superiore nostra conclusione generale, quando l'espropriato offrisse una cauzione sufficiente per l'indennizzo delle medesime. Dunque in questo caso possiamo ammettere una seconda limitazione.

Può ancora accadere che il credito dell'attore non sia in tutto o in parte compensabile col prezzo di stima, e quindi esponendosi nel caso della subasta a vedersi torre il fondo, e quindi a perdere quel compenso che la speciale affezione del fondo gli procurerebbe, ei risentirebbe un danno, che il debitore dovrebbegli in ogni caso risarcirgli, foss'anco col pagamento di tutto il debito. E questa è la terza limitazione.

6. Intorno alla stessa conclusione può occorrere di disputare se gli anteriori creditori, che non sperano d'essere pagati sul prezzo della stima, sieno obbligati ad offerire a chi domanda l'assegno il pagamento della sua più debole ipoteca, onde poter essi colla subasta o coll'assegno impetrato a proprio favore sopperire in qualche modo al proprio interesse? O non invece potranno ottener ciò senza essere costretti a soddisfarlo? La cagione del dubbio consisterebbe in ciò che il primo esecutante perchè primo, e forse accidentalmente, avrebbe la fortuna di compensare la perdita del proprio credito, non collocabile utilmente, coll'affezione del fondo assegnato: nel mentre che gli altri creditori che hanno un'ipoteca collocata al di sopra della stima e anteriormente a quella dell'esecutante, non potendo opporsi alla domanda dell'assegno se non dimettendo il credito del richiedente, verrebbero così a pagare il prezzo del fondo, più il suddetto credito, senza ricuperare o compensare altrimenti il credito proprio. Eppure essi sono anteriori all'esecutante: non meritano dunque essi un maggiore riguardo? Comunque sia la cosa, la legge del § 418 del Regolamento giudiziario è chiara ed esplicita nel condannarli a questa fatale necessità. Essa non lascia luogo a temperamento di sorta, in qualsivoglia emergenza.

Lo Zini riferisce un giudicato in cui è propugnata l'osservanza assoluta di questa legge.

Ad Antonio Triulzi esecutante gli altri creditori aveano fatto opposizione per la sua domanda dell'assegno, senza offrirgli il pagamento del suo credito. Giudicò il tribunale civile di prima istanza di Milano col decreto 11 gennajo 1828, num. 1461, non farsi luogo al rilascio, e valide essere le opposizioni degli altri creditori che aveano provocata la subasta. Perciocchè, dicea, il § 418 del Regolamento giudiziario attribuisce ad essi il diritto d'impedire il rilascio *o col ricevere essi a prezzo di stima il fondo pagando il credito all'instante, o col venderlo all'asta.* Alla qual subasta possono essi procedere senz'altra formalità, perchè in loro confronto sono esauriti i due primi gradi dell'esecuzione, muniti essendo del diritto di pegno, ed essendosi fatta la stima. Non devono essi quindi offerire l'importo del credito all'attore. Tutt'al più, dovendone il creditore esecutante anticipare le spese, dovrassi nella graduatoria decidere se gli altri creditori debbano rimborsargliele.

Il tribunale d'Appello, col decreto 27 febbrajo 1828, n. 2343, annullò il giudizio di prima istanza, e prefisse una nuova comparsa per le dichiarazioni da farsi per parte del creditore: per questi notevoli motivi: « osservato che il § 418 del Regolamento giudiziario attribuisce al pignorante un assoluto diritto al rilascio: che verso i creditori non è tenuto che pel prezzo di stima: che quel § e il § 462 del Codice civile (riguardo al *jus offerendi)* ha provveduto all'interesse dei creditori: che questi non possono impedire il rilascio altrimenti che col redimere il credito del pignorante, annulla, ecc.

Ricomparse le parti persistettero tutti: l'attore nella sua domanda d'assegno, i creditori nelle opposizioni incondizionate, e il tribunale di prima istanza anch'esso nel suo primo giudicato: quasi che la contraria sentenza non fosse punto stata proferita in appello, e passata in cosa giudicata. Crediamo però utilissima alla disputa della tesi di citare il motivato del secondo decreto 1 agosto 1828, n. 18349, concepito in questi termini: « osservato che i creditori si valsero d'uno dei mezzi che la legge suggerisce per opporsi al rilascio, cioè la domanda della vendita: che a quest'ultimo caso non può riferirsi l'obbligo del pagamento del credito dell'esecutante, *perchè questo credito dipende dalla sua utile collocazione nella graduatoria, da proferirsi per la distribuzione del prezzo; attesochè l'esecuzione potea essere promossa da un creditore il quale non per l'intero suo credito fosse utilmente inscritto: epperciò non si potrebbe pagarlo prima della graduatoria* e all'atto della domanda della subasta; osservato non essere prefisso alcun termine ai creditori per domandare la subasta, dichiara non farsi luogo al rilascio ecc. »

Il tribunale d'appello, col decreto 1 ottobre 1828 num. 9687, richiamò la cosa giudicata col precedente suo decreto, ed entrò anche nel merito della controversia, aggiungendo ai motivi dello stesso i seguenti riflessi: « osservato che i creditori chiedenti la subasta debbono fare il pagamento al creditore esecutante, *perchè così importa l'ordine dell'orazione*

del § 418: osservato che non fa ostacolo il riflesso che non si deve pagare l'esecutante prima della graduatoria, perchè, se in seguito ad essa il credito dimesso, nel quale i pagatori vengono surrogati, rimane scoperto, il surrogante diviene debitore del prezzo ricevuto nella dimissione. »

Questo decreto fu confermato dal Senato lombardo-veneto colla decisione 20 gennajo 1829, num. 3738 (1).

Può dubitarsi che il secondo motivo non possa essere accettato, perchè vedemmo nel num. 36 del § LI, come nella surroga il surrogante non sia tenuto verso il surrogato dell'esigibilità del credito, ma soltanto della verità sua e del proprio dolo, come esplicitamente dispone il § 1422 del vigente Codice civile: estremi difficili in molti casi a provarsi. Però ci sembra che potrebbero fare opposizione alla domanda dell'assegno contrastando il primo ed essenziale suo fondamento, ma nel caso che potessero niegare la *verità* del credito professato; non però può giovare ad essi l'impugnativa del grado dell'ipoteca inerente, perciocchè vedemmo qui, come essi sieno obbligati a dimetterlo, quantunque fosse l'ultimo graduato. Piuttosto ci sembra che in pratica debba riuscire decisivo il primo de' motivi allegati. Conciosiachè niuno può dubitare dell'imperativo assoluto del § 418, e quindi della sua applicazione pratica anche nel caso emergente; e quindi inferiamo che gli altri creditori non possano impetrare la subasta, quand'anche offrano al creditore l'indennità delle spese, perchè, o il di lui credito è compensabile sul prezzo della stima, e merita il pagamento immediato: o non è compensabile, e non gli si deve tuttavia togliere il vantaggio dell'iniziativa dell'esecuzione, perchè egli agisce in base al suo diritto, e non può esserne privato che o colla dimissione del suo credito, o con un diritto altrui prevalente al suo. Può ben concedersi al proprietario di sollecitare la subasta appunto perchè sendo proprietario ha il diritto di vendere la cosa sua, quando non nuoccia al creditore che ha impetrato il pignoramento (2): ma non egualmente si devono favorire gli altri creditori, i quali nè possono per sè vendere perchè non sollecitarono essi l'esecuzione: nè vendere, a nome dell'esecutante se non fossero subentrati ne' suoi diritti la mercè della surrogazione.

E questo sembra l'aspetto razionale e la giustificazione della suddetta legge processuale.

(1) Zini, *Giurispr. prat.* vol. IX par. 1. pag. 85.

(2) V. § LVIII n. ult.

§ LXIII.

Prima che sia venduto un fondo, qualunque creditore inscritto sul medesimo e il terzo possessore possono redimere il credito per cui fu domandata la vendita, pagandone l'importo e le spese.

Arg. dal § 462 del Codice civile austriaco, dai §§ 436 e 438 del Regolamento giudiziario, e dall' art. 2173 del Codice civile francese.

SOMMARIO

1. Del diritto di offrire, ossia di dimettere il creditore esecutante. A quali persone competa in genere e con quali effetti.
2. Spetta ai creditori ipotecarj: con quali condizioni e con quali effetti.
3. Spetta al terzo possessore: s' egli possa riscattare il fondo esibendo alla subasta un prezzo di riscatto che sia maggiore delle altre offerte.
4. Spetta al debitore. Se appartiene agli altri creditori non aventi ipoteca su quel fondo, e alle altre persone estranee.
5. Il *jus offerendi* non si può esercitare dopo il decreto di delibera e dopo l'effettivo assegno giudiziale del fondo.
6. Se si possa esercitare dopo l'ora destinata all'apertura dell'incanto.

1. La vendita giudiziaria, se giova come mezzo necessario alla realizzazione del credito di chi la domanda, e a quella degli altri creditori che possono essere soddisfatti col prezzo che se ne può ritrarre, può tuttavia nuocere a chiunque è interessato o di conservare la proprietà al possessore, o di differirne la distrazione a tempi e mercati migliori. Laonde in più luoghi accennammo alla possibilità del così detto *jus offerendi*, ossia del diritto che possono avere i terzi di dimettere l'esecutante dalle sue istanze processuali, offerendogli il pagamento delle sue ragioni creditorie.

E di vero, se lo scopo ultimo del credito, dell'ipoteca e della vendita giudiziale è quello di procacciare al creditore il pagamento del suo credito, degli interessi che ne conseguono, e delle spese fatte per ricuperarlo, egli non potrebbe più oltre proseguire nella coercizione giuridica quando si trovasse soddisfatto pienamente in quel suo interesse, da qualunque parte gli provengano i mezzi di questa sua soddisfazione. Ma questa proposizione, comunque evidente, non si trova accolta e consecrata nelle legislazioni in tutta la generalità del suo concetto; nè quan-

d'anche fosse accettata senza restrizioni, tutte le persone che vorrebbero operare questa dimissione avrebbero un medesimo intendimento, e quindi non in tutti i casi procaccierebbe ad essi gli identici effetti.

Tutte le legislazioni convengono nel concedere il *jus offerendi* ai creditori che avessero un ipoteca su quel medesimo fondo, del quale vuolsi impedire la vendita: ed oltre questo effetto si attribuisce quell'altro rilevante di concedere al dimittente la surroga nelle ragioni creditorie ed ipotecarie spettanti al creditore dimesso (1). Ma il consenso della legislazione comparata non ci soccorre egualmente nel caso dei creditori non aventi ipoteca su quel medesimo fondo, del terzo possessore, del debitore, o di altre persone non aventi alcuno di questi rapporti. E tanto meno poi è agevole il constatare gli effetti specifici che dall'esercizio di quel diritto provengono.

Bisogna adunque che ne facciamo soggetto di speciali ricerche: non ommettendo pur di determinare le condizioni necessarie all'esercizio di questo diritto.

2. Secondo il Diritto romano i creditori che avessero un'ipoteca sullo stesso fondo, del quale un altro creditore addomandava la vendita, aveano il diritto di costringerlo a ricevere il pagamento del suo credito, pel quale si dicea poziore, e con ciò ottenevano due vantaggi: l'uno di impedire la vendita, l'altro di ottenere *ipso jure* la surroga nel credito dimesso (2) col privilegio che a questo esclusivamente competeva di vendere il fondo, onde in occasione di questa vendita realizzare e il credito dimesso cogli accessori (3), e i posteriori loro crediti (4). Essendosi abolito in seguito quel privilegio esclusivo del primo creditore, il diritto di offrire perdette molto della sua importanza, ma conservò il beneficio d'impedire le precipitate vendite che alcun creditore facesse (5).

Nel Diritto francese coll'art. 1251 del Codice Napoleone si concesse questo *jus offerendi* e la surroga conseguente ai soli creditori ipotecari in-

(1) Del che dicemmo nel § XLVI, num. 1, vol. 2, pag. 33, nel § LI, num. 18 e 23, vol. 2, pag. 160, 161 e 171, nel § LV, num. 18, vol 2. pag. 278.

(2) Leg. 3, § 1. Dig. *quæ res pignori.* leg. 11, § ult. leg. 12 § 6, 9. Dig. *qui potior. in pign.* leg. 22. Cod. *de pignor. et hyp.* leg. 1, Cod. *qui potior in pign.* leg. 1, 4, Cod. *de his qui in prior. credit. loc. succed.* leg. 43, § 9, Dig, *de jure fisci.* Franc. Balduin, *de pign.* cap. 19, in med. Struvio, *Syntag. jur. qui potior. in pign.* thes. 34 Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11. tit. 28 n. 8, Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 9. def. 2 Richeri, *Jurispr.* vol. 9. § 1603. Voet, in pand. *qui potiores in pign.* num. 34. Chiesi, *sist. ipot.* num. 502.

(3) Negusant, *de pignor*, par 3. m, 3, p. 1. n. 10. M: Merlin. *de pignor.* lib. 4, quæ. 49. Voet. in pand. *qui potiores in pign.* n. 34. Donell. *de pign.* cap. 13 in princ.

(4) Leg. 3. Cod. *qui potior. in pign.* leg. 5, Cod. *si antiq. credit. pign. vend.*

(5) Non viddero questo beneficio, coloro che dissero essere inutile oggidì il *jus offerendi*: Voet, in pand. *qui potiores in pign.* num. 38. Loyseau *des offices.* liv. 3. ch. 8, n. 66. Rinvennero alla nostra opinione Merlin, *Repert.* v. *Subrogation. des person.* sez. 2 § 3 n. 1. Toullier. *Droit. civ.* liv. 3, tit. 3. ch. 5. sect. 1. § 11, num. 140: e specialmente il nostro Chiesi, che non potea mancare per la scrupolosa diligenza delle sue dotte ricerche; *sist. ipot.* n. 502 in fine.

feriori di grado (1); quasichè fossimo sotto l'incubo di quell'odioso privilegio del primo creditore, e facesse mestieri di procurare ai seguenti creditori l'esercizio dell'azione ipotecaria: nel mentre che qualunque creditore, come viddimo di sopra, può esercitarla, e questo *jus offerendi* giova oggidì soltanto per impedire un'intempestiva espropriazione: e non solo ai seguenti, ma a qualunque dei creditori può interessare questo impedimento. Bene osserva Winiwarter (2) che i creditori posteriori per lo più hanno interesse di usare del diritto di redenzione, ma soggiungiamo che talvolta anche un creditore anteriore all'esecutante vi ha interesse, per impedire che questi con una precipitosa vendita rovini sè stesso e colui (3). Può accadere eziandio che il creditore ultimo voglia dire all'asta per un prezzo che il penultimo creditore per istrettezze economiche non potrebbe aumentare, e perciò quegli nel caso disperato perderebbe nominalmente il suo credito posteriore, ma lo compenserebbe coll' utilità vera del fondo deliberato, e il penultimo si troverebbe degradato da un' utile collocazione.

Assai più saggia è la disposizione del § 462 del Codice civile austriaco, ove dispone che prima che sia venduto un fondo *qualunque creditore ipotecario* inscritto sul medesimo può redimere il credito per cui fu domandata la vendita (4). Nè diversa è quella del § 418 del Regolamento giudiziario, del quale abbiamo veduto come ai creditori stessi è concesso *contro lo sborso attuale dell'importo del credito dell' attore* di ricevere il fondo al prezzo della stima, oppur venderlo all'asta.

Colle quali due disposizioni si sanciscono ambedue i diritti, che dicemmo collegati, del *jus offerendi* cioè e della surroga.

Piacque a Nippel (5) e a Winiwarter (6), e piace pure a noi l' avvertire di quanta importanza siano quelle due disposizioni; avvegnachè senza di esse il creditore ipotecario dovria uniformarsi alle prescrizioni dei §§ 1358, 1422 e 1423 del Codice civile: attendere cioè il beneplacito del creditore esecutante se volesse accettare il pagamento, o il beneplacito del debitore che acconsentisse à costringere colui alla dimissione (7).

Dicemmo essersi imaginate quelle due provvidenze per tutelare la coesistenza delle ipoteche cadenti sullo stesso fondo, e non per altro fine. Perciocchè gli altri creditori ipotecarii per sè stessi, non avrebbero po-

(1) Grenier, *hyp.* tom. 1, n. 91. Troplong. *des priv. et hyp.* n. 357. Al quale artic. 1251. alinea 1, corrispondono coll'identica lezione l'art. 1204, al. 1. Cod. siciliano, l'art. 1228, al. 1. Cod. parmense; l' art. 634, al. 1. Codice ticinese, l'art 1341, al. 1. Cod. albertino, l'art. 186, al. 4. motuproprio toscano, e l'art. 1306, al. 1. Cod. civile estense. Vedi nol § LI, num. 20, vol. 2 pag. 168

(2) Winiwarter al § 462, del Cod. civ. tom. 2, § 150.

(3) Zeiller o Nippel al § 462, n. 1, del Codice civile austriaco.

(4) Mattei, al § 462. n. 4. Cod. civ. aust.

(5) Nippel *Comento* al § 462. n. 1.

(6) Winiwarter, Diritto civ. aust. vol. 2. § 150 ossia al § 462. del Codice civile.

(7) Come viddimo nella trattasione dei §§ LI e LII.

tuto influire menomamente sul libero esercizio del diritto creditorio dell'esecutante. Ma l'influenza salutare di quel principio pratico e sovrano d'ogni organamento civile, che consacra la libertà e il ben'essere di chiunque, quando l'oggetto del desiderio dell'una persona non nuoce al diritto dell'altra: di quel principio che modifica ad ogni tratto la gelosa deduzione del *summum jus* individuale, e fa sì che accanto al gretto individualismo, al sistema giuridico negativo, sorga la benefica e consolante influenza delle leggi morali: ha modificato colle perenni suggestioni dell'equità il sentimento giuridico esclusivo del primo creditore, costringendolo a cedere il luogo, appena che l'interesse degli altri crediteri concorrenti sullo stesso fondo non gli impedisse l'ultimo oggetto del suo diritto: principio che venne mirabilmente formulato in questa sentenza: *Quod tibi non nocet et alteri prodest, venit jure concedendum: hoc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur* (1). Il creditore esecutante non può tendere ad altro che a ricuperare il suo credito: quando gli altri glielo procurano egli non ha altra legittima opposizione da fare ad essi. E la legge li ajuta e col *jus offerendi*, e pagato che avessero, loro concede la surroga, perchè pagando non donano, ma intendono di esercitare le azioni competenti per ricuperare i proprii e i riscattati altrui crediti.

Veniamo alla deduzione pratica di questi diritti. A differenza del Diritto antico e del Diritto francese, oggidì qualunque creditore può e deve pel suo proprio interesse offrire il pagamento all'esecutante: senza di che non potria impedire le vendite o le aggiudicazioni che gli tornassero pregiudizievoli. Un altra differenza col Diritto antico si è quella per cui nella nostra legge non saria permesso questo *jus offerendi* se non quando il creditore da dimettersi procedesse all'esecuzione, ossia avesse domandata la vendita (§§ 462 del Codice civile) (2): nel mentre che in antico potea esercitarsi in qualunque tempo per impedire le vendite repentine e irreparabili che facesse il primo creditore (3). Però non gli deve offrire altro pagamento che di quel credito, per il quale avesse chiesta l'esecuzione, e ferisse con ipoteca il fondo che è pure all' offerente ipotecato (4). Quindi in riguardo ad altri crediti sarebbe considerato come estraneo, e non avrebbe che i diritti e i vantaggi derivanti dalla surroga ordinaria (5). Egli deve pagare tutto il credito per cui fu domandata la vendita, compresi gli accessorii e le spese; perchè l'esecutante non potria essere dimesso dall'esecuzione, finchè non fosse totalmente soddisfatto.

Egli deve pagare attualmente. Se però il creditore rifiutasse di accettare il pagamento, può provvedere col deposito giudiziale della somma

(1) Così i legisti nella leg. 2. § 5. Dig. *de aqua pluv. arcend.*

(2) Winiwarter, *Dir. civ. aust.* vol. 2, § 150, ossia § 462. Cod. civ. Mattei al § 462, n. 3. Codice civile.

(3) V. § LI. num. 2, e vedi Voet *in pand. qui potiores in pign.* num. 38.

(4) Leg. 8. Dig. *qui potiores.*

(5) Winiwarter, loc cit.

equivalente (1), come dispone il § 1428 del Codice civile; perciocchè siffatta misura equivale in diritto all'effettiva soluzione.

Pagato che avesse, ottiene *ipso jure* la surroga nei diritti creditorii ed ipotecarii (2), ed anche nella condizione esecutiva del credito dimessó (§ 418 Regolamento giudiziario); quindi può, o desistere, o sollecitare la continuazione della subasta e chiedere per sè l'assegno giudiziale del fondo ipotecato.

Provveda però a costringere il creditore dimesso a fornirgli i mezzi probatorii del credito e dell'ipoteca, nella quale è surrogato, come pure la quitanza del pagamento che prova la *cessio a lege*.

3. Che diremo noi del terzo possessore del fondo ipotecato convenuto in giudizio dall'uno dei creditori coll'aziono ipotecaria?

Niuno può dubitare ch'egli abbia diritto di pagare il credito, perchè ne ha l'obbligo e può quindi impedire la vendita e l'aggiudicazione del suo fondo. Ha dunque insieme il *jus offerendi* (3).

E tale è la disposizione dell'art. 2173 del Codice Napoleone, per cui il terzo possessore, finchè non è seguita l'aggiudicazione ossia la delibera, può riprendere il fondo pagando l'intero debito e le spese (4). Nè diversamente prescrive il § 438 del nostro Regolamento giudiziario, per cui il deliberatario può impedire il reincanto, pagando in contante il residuo prezzo e le spese.

Gli apparterà eziandio il diritto alla surroga? Già l'affermammo sotto il § LI num. 20,27 e seguenti, in virtù del principio, che quegli il quale paga un debito altrui, subentra nei diritti del creditore dimesso: epperciò il possessore, in quanto non sia personalmente obbligato al debito, gode di questo beneficio di legge.

Nel numero 18 dello stesso § abbiamo veduto come nel Diritto romano il possessore convenuto coll'azione ipotecaria avesse la surroga per via dell'eccezione *cedendarum*: nel che era implicito il dire che avesse il *jus offerendi*, quando fosse citato in giudizio, e insieme il beneficio della surroga. Ma potea eziandio offerire il pagamento in qualsivoglia altra occasione, quando non pretendesse quel beneficio. Questa conclusione almeno fu accreditata da Otoman (5) e da Neguzanzio ove disse: *jus offerendi competit ratione dominii quod quis habet in re* (6).

(1) Leg. 11, § fin. Dig. *qui potiores in pign.* Leg. 1. Cod. eod. titul. l. 9. Cod. *de solution.* Neguzant. *de pign.* par. 5 mem. 3, p. 1, num. 10, e par. 2, n. 1, Lenz, *de act. cess.* cap. 7, mem. 11. n. ult. Brunneman. *de ces. act* cap. 3. n. 80. Postio, *de subhast.* inspect. 17. num. 179. Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1605. Chiosi, *sist. ipot.* num. 502.

(2) Carozzi, *Giurispr.* vol. 10, pegno, cap. 3, n. 26. Vedi § LI, num. 25 e 33.

(3) Postio, *de subhast.* inspect. 18, n. 260, et seg.

(4) A quell'art. corrispondono gli art. 2067 del Cod. civ. siciliano, art. 2259 del Cod. civ. parmense, art. 2291 del Cod. albertino, art. 2259 del Cod. civ. estense, art. 126 del motuproprio toscano sulle ipoteche.

(5) Hotoman, in Dig. *de distractione pign.*

(6) Neguzant, *de pignor.* pars primo. 5, mem. 3. par. 1. num. 38.

Nel § LXI num. 10 proponemmo la quistione: se al possessore sia fatta abilità di offrire alla pubblica subasta, non già un prezzo, perchè egli non potrebbe comperare una cosa che al momento è ancora sua, ma un valore che fosse maggiore al prezzo esibito dal maggior offerente: e quindi con tale esibizione potesse impedire la vendita e riscattare il fondo dalle ipoteche al pari d'un deliberatario.

Gli antichi aveano disputato intorno a una simile quistione, in quanto domandavano se il terzo possessore potesse evitare l'espropriazione offrendo la *æstimatio fundi*. Ed avea ragione la pluralità di coloro che diniegavano siffatto diritto (1). Però la ricerca che abbiamo proposta differisce d'assai da quest'ultima: perciocchè noi domandiamo, se il possessore possa offrire, non la semplice estimazione del fondo, ma il maggior valore che ricavare si possa all'asta pubblica. E parmi che il possa; avvegnachè il fine diretto dell'esecuzione ipotecaria in riguardo ai creditori è quello di mobilizzare nel modo il più vantaggioso il valore del fondo ipotecato. Questo è il loro diritto. Il possessore prima d'essere espropriato oppone a quel diritto il proprio diritto di dominio, in un modo conciliativo per ambedue. Egli non è debitore personale, e il danaro che verserebbe non deve servire ad altro che al riscatto del fondo; tant'è vero che egli dimettendo un creditore avrebbe l'eccezione *cedendarum*, e quindi la surroga efficace coll'azion personale verso il debitore personale e colle azioni reali verso gli altri fondi obbligati allo stesso credito (§ LI n. 29 e seguenti); la qual surroga non può ottenersi dal debitore.

I creditori adunque, ai quali pervenisse il danaro del possessore, non potrebbero destinarlo all'estinzione del credito personale, ma solo devono riguardarlo come corrispettivo della proprietà fondiaria, il valore mobilizzato di esso. In di loro confronto non ci ha differenza tra il prezzo del deliberatario e il prezzo di riscatto del possessore. Ambedue rappresentano l'utilità del fondo: e quando questa utilità è la massima che si sia potuto ottenere, il fondo trovasi sgravato dalle ipoteche, e passa libero da esse nel deliberatario, o permane purgato nel possessore. Giustissima in questo caso ci sembra l'opinione di Fabro, *qui habet jus offerendi, si rem obligatam possideat, non totum debitum offerre cogitur, sed tantum quantum ea res est, cujus nomine per quasi servianam convenitur... quia nec pluris interest creditoris... cui agenti satis esse debet, quod tantumdem consequatur offerente possessore, quantum consequeretur si venderet* (2), e, noi soggiungiamo, quanto egli ricaverebbe se la cosa fosse deliberata da altri alla subasta.

In questa conclusione convengono, sebbene sotto termini inesatti, i comentatori austriaci Nippel (3) ed Ellinger (4), allorchè asseverano, potere

(1) Distinguevano se il possessore avesse fatto delle migliorie o no: se le avesse fatte disputavano · se no, non dubitavano che dovesse rilasciare il fondo. Nel § LXV, num ult. rinveniamo su questa ricerca

(2) Fabro, in Cod lib. 8. tit. 20 def. 3.

(3) Nippel, *Comento* al § 465, n. 2. Cod civ aust.

(4) Ellinger, al § 465, Cod civ. aust.

il possessore, non obbligato personalmente, offerire e deliberare all'asta; ed anzi Nippel s'avvicinò al nostro punto di vista, quando scrisse: se il possessore non paga il debito col rimanente suo patrimonio, non è lecito inferire che egli non possa adempiere alla sua offerta, come si disse del debitore, il quale, patendo l'espropriazione si suppone essere insolvibile; ma circa il possessore la cosa è diversa, poichè: se i pesi aggravanti la cosa pignorata superano il di lei valore, può interessare anche al proprietario di essa, provvisto di altri beni che non sono obbligati al debito per cui si chiese l'esecuzione, di tramutare la sua obbligazione reale in un'adeguato debito personale, mediante l'offerta maggiore che egli facesse al pubblico incanto (1).

Può dunque il terzo possessore paragonarsi a qualsia altra estranea persona in riguardo ai creditori ipotecarii. Egli può dunque ottenere il decreto, non già della delibera, ma della redenzione del suo fondo, condizionalo al pagamento del prezzo offerto. E non dubitiamo che questo decreto possa produrre tutti gli effetti, che un decreto di delibera produrrebbe circa la purgazione delle ipoteche superanti la somma del prezzo del fondo.

4. Anche il debitore può col pagamento impedire la continuazione degli atti esecutivi (2): non però coll'effetto della surroga; perchè debito e credito in una sola persona si confondono.

Può tuttavia il debitore far sì che un terzo estraneo possa costringere il creditore a recedere dagli atti esecutivi e ad ottenere la surroga nelle sue ragioni, quando coll'espresso consenso di esso debitore offrisse quegli a colui, o in caso di rifiuto depositasse in giudizio la somma necessaria al pagamento del credito e delle spese. Questa è la disposizione del § 1422 del Codice civile vigente, della quale dicemmo nella trattazione del § LI (num. 23), ed alla quale è pur conforme in parte quella dell'art. 1236 del Codice civile francese, dove si dice che le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che vi abbia interesse, purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, o se agendo in nome proprio, non venga a subentrare nei diritti del creditore (3). Se ci ha una differenza è questa che il terzo, non potendo pagare che in nome del debitore, non ottiene la surroga.

In quel luogo abbiamo fatto riserva di discorrere qui sulla quistione se il *jus offerendi* spetti ai creditori non provveduti d'ipoteca sullo stabile esecutato, e che non avessero ottenuto a questo fine l'autorizzazione speciale da parte del debitore. E per la nostra legge che tace noi dob-

(1) Nippel, loco citato.

(2) Leg. 9. Dig. *de rescind. vendit.* Leg. 5 et 8 Cod. *de distract. pign.* Neguzant. *de pignor.* par. 6. mem. 1, num. 28. Mangil. *de subhast.* quæ. 32, o. 6, quæ. 101, num. 4. Postio, *de subhast.* inspect. 17, num. 8 e 9.

(3) A questo articolo corrispondono esattamente gli art. 1526 del Cod. albertino, art. 1189 del Cod. napoletano, art. 1213 del Cod. parmense, art. 619 del Cod. ticinese, art. 1290 del Cod. estense.

biamo inclinare verso la negativa assai più presto che non debbano i francesi per la di loro legge, la quale concedendo nell'art. 1251 del Codice Napoleone questo diritto a vantaggio di chi è creditore (in genere) verso un altro creditore che ha diritto d'essergli preferito per privilegi od ipoteche, sembra volerlo concedere anche ad un creditore chirografario, perchè questi può appunto soffrire la prevalenza dei privilegi e delle ipoteche. E vedemmo che questa opinione, come più ovvia, è anche la più ricevuta. Ma da noi, se osserviamo il senso letterale delle nostre leggi, non possono offrire che i creditori ipotecarj, le persone autorizzate dal debitore, e per argomento mediato anche il terzo possessore e le persone coobbligate al debito. I §§ 462 e 1422 del Codice civile, e il § 418 del Regolamento giudiziario si restringono in quei limiti, quasi voglia il Legislatore impedire l'intromissione arbitraria di terze persone nei rapporti tra l'esecutante e l'esecutato, senza la volontà dell'uno o dell'altro, od un urgente interesse, come nel caso dei creditori ipotecarii. Ma il creditore personale, finchè rimanesse tale, non ha alcun diritto reale con cui far concorrenza all'esecutante sul medesimo fondo; come creditor personale non può impedire che il debitore o terzo possessore acconsenta alla vendita del fondo: se non ottiene da lui l'autorizzazione, segno è che quegli s'oppone alle sue istanze, e ne ha diritto perchè essendo proprietario può volere che il fondo sia venduto per dimettere i creditori inscritti (1).

In questa conclusione ci conferma la legge ipotecaria di Toscana, la quale essendo modellata, come tutti sanno, sullo stampo francese, ha corretta la lezione dell'articolo 1251 del Codice Napoleone, concedendo nel proprio articolo 186 il gius *offerendi* solamente al creditore ipotecario (2).

5. Rimane a vedere in qual tempo si possa esercitare il diritto di offrire il pagamento del debito, per cui fu domandata la vendita.

Prima che il fondo sia venduto, dicesi nel § 462 del Codice civile. E nel § 438 del Regolamento giudiziario, parlandosi della rivendita a carico del deliberatario che non avesse osservato i patti della delibera, si prescrive: se tuttavia il medesimo *prima dell'ora destinata all'apertura dell'incanto* pagasse in contante il residuo prezzo e le spese derivate dalla di lui mora, si dovrà accettare il pagamento, nè si procederà all'incanto ulteriormente.

Sulla scorta di questi testi si potriano instituire questi due corollarii: non potere i creditori o chiunque altro offrire il pagamento del debito dopo che è seguita la delibera giudiziale o l'effettivo assegno giudiziale all'esecutante; non potere i medesimi offrire nemmeno dopo l'ora destinata all'apertura dell'incanto.

Però se la prima di queste illazioni ci sembra ovvia ed accettabile: non

(1) Quest'ultima ragione non fu veduta da Toullier, *droit civ.* liv. 3. tit. 3. ch. 5. num. 140, e da Troplong, *des priv. et hyp.* num. 356, che adottarono l'opinione contraria, come dissimo nel § LI, num. 25, in fine.

(2) Chiesi, *sist. ipotecario*, num. 521.

egualmente ci sembra la seconda; che anzi si disputò fin'anco della prima, perchè nel giornale di giurisprudenza pratica di Venezia si riferisce d'un debitore che pagò il suo debito dopo l'avvenuta delibera e chiese in confronto de' creditori e del deliberatario che si desistesse dalle pratiche ulteriori, e non si aggiudicasse il fondo al deliberatario. Un tribunale di prima istanza con sentenza 29 marzo 1833 n. 18156 giudicò l'affermativa, per questa speciosa ragione: che la subasta prima dell'aggiudicazione non attribuisce per sè sola il dominio del fondo al deliberatario: che quindi il creditore ne rimane fin'allora padrone, e pagando il suo debito fa cessare l'esecuzione. Aggiungevasi poi una riflessione d'utilità pratica, inconcludente affatto nella soggetta materia; ed era che gli altri creditori non potevano opporsi, perchè pagando il debitore l'un debito migliorava la condizione delle loro ipoteche. Diciamo inconcludente questo rimarco, perchè qui non si tratta sòlo delle opposizioni de' creditori, ma di quelle del deliberatario che ha acquistato il fondo. Il tribunale d'appello con sentenza 24 ottobre 1833 n. 9611 richiamava la quistione a questi suoi veri termini e riformando quel giudizio giustamente argomentavasi da questo, che la subasta è un contratto di compra e vendita tra il deliberatario e il subastante, e la delibera non si può infievolire per un postfatto del debitore: ma essendo obbligatorio per le parti contraenti, non si può rescindere se non di reciproco consenso. Ben è vero che la proprietà non si trasferisce definitivamente se non col decreto d'aggiudicazione: ma è pur vero che colla delibera si acquista e si compera la proprietà sotto condizione sospensiva. Queste ragioni sono così semplici e concludenti, che sembra impossibile che il Senato lombardo-veneto abbia adottato il partito contrario. Eppure lo adottò colla decisione 9 marzo 1834 n. 6091, di cui come al solito non è dato penetrare i motivi (1).

Eppure non solo l'evidenza delle cose, ma fin'anco la lettera della legge vigente giustificano la contraria decisione. Il § 462 non dice già che si possa offrire quando è compiuta l'espropriazione, quando è trasferita la proprietà, ma solo *quando è venduto il fondo.* Chi vorrà dubitare che la delibera giudiziale non sia precisamente la conclusione del contratto di vendita giudiziale? Forse poteano iscusarsi gli antichi prammatici che dubitavano della nostra conclusione, perchè le leggi romane non decidevano strettamente la quistione, come fu decisa dalla nostra legge (2). E contro il senso letterale e logico di questa non si può venire coll'effetto di togliere al deliberatario il suo gius quesito. Nè si opponga che sia una condizione tacita di risoluzione della vendita quella che, rimanendo proprietario il debitore o possessore sino all'aggiudicazione, possa impedirne la traslazione col pagamento del debito (3): perchè siffatta condizione non

(1) Berella, *Giorn. di giurispr. prat. di Venezia*, an. 5. 1832, n. 48. 49.

(2) Quindi ritenevano potersi offrire finchè non fosse trasferito il dominio nel deliberatario: Postio, *de subhast.* inspect. 47. n. 25 e segg. n. 53 e segg. n. 89. e segg. Mangil, *de subhast.* quæ. 69, n. 43, quæ. 152, 153, n. 6

(3) Mangilio, *de subhast.* quæ. 153, n. 3. Postio *de subhast.* inspect. 47, num. 95

saria attendibile se non fosse *espressamente* dedotta in contratto, cioè nel capitolato della subasta (§ 901 Codice civile), e quindi in mancanza di patti espressi il debitore o possessore deve rispettare il fatto de' creditori, i quali, mettendo all'incanto lo stabile ipotecato, esattamente lo rappresentano, e il loro fatto è fatto suo, e la vendita riesce precisamente come se fosse stata fatta da lui medesimo (1).

E non sia discaro udire lo stesso Postio, che è partigiano dell'opinione contraria, esibirci la teorica della vendita giudiziale in termini, che non possono essere più favorevoli al nostro assunto: *ubi enim quis rem vel bona posuit, aut poni curavit sub hasta, et oblator aliquis pretium obtulit, et notarius scripsit, dicitur inter ementem et vendentem, sive inter subhastantem et oblatorem, sive licitatorem orta obligatio; et statim quod quis obtulit, contractus et empio perfecta videtur... a quo, seu a qua non licet discedere. Et ei, qui solus obtulit, vel in concursu plus obtulit, dicitur jus quæsitum, adeo ut hujusmodi jure sine illius consensu privari postea non possit; et quemadmodum in eo non admittitur pœnitentia et revocatio oblationis in præjudicium juris quæsiti... quia emptio est perfecta, ita non potest ab eodem res empta auferri* (2). Con queste premesse non si può venire alla conclusione contraria, senza una formale contraddizione. Noi accettiamo le premesse, e rifiutiamo le assurde illazioni: qualunque autorità non ci può imporre per turbare le leggi naturali del sillogismo. Ma non mancano i sostenitori della nostra opinione anche sotto l'incertezza del Diritto comune. Per tacere d'altri, basti la testimonianza di Mercuriale Merlino, il quale niega *il jus offerendi* ai posteriori creditori, dopo che il fondo fu venduto alla pubblica subasta, per la ragione secondaria, ma pur buona, che essendo stati citati all'asta doveano provvedere in tempo: *quando secundus creditor, qui vult offerre vel fuit præsens subhastationi, vel ad eadem fuit citatus; quia in culpa fuisse videtur non licitando, ideo sibi imputari debeat, dum tunc poterat suum jus commode prosequi, et satisfactionem sine ullo incommodo prioris creditoris recipere... et facit ratio ne dominia rerum maneant in incerto* (3). E s'aggiunga che nemmanco i discordi prammatici oppongono alcun inciampo alla conclusione che non si possa ammettere il *jus offerendi* dopo che il fondo venne definitivamente aggiudicato o assegnato al creditore esecutante, ma che però lo si possa esercitare in pendenza delle pratiche del *jure dominii impetrandi*.

6. Veniamo all'altra quistione: se si debba ammettere l'offerta della dimissione del creditore esecutante, sia per parte degli altri creditori, sia dal possessore ovvero dal debitore dopo l'apertura del protocollo della subasta.

(1) Il viddimo nel num. 20 del § LXI.

(2) Postio *de subhast.* inspect. 34. num. 35-40.

(3) M. Merlin, *de pignor.* lib. 4. tit. 2, quæ. 47. n. 10. Egualmente Fabro, *in Codice* lib. 8. tit. 10. def. 1, e Thesaur, decis. 157 num 11.

L'argomento che abbiamo tratto dal § 438 del Regolamento giudiziario non ci sembra affatto concludente per la negativa: comunque Zeiller (1), Nippel (2) e Winiwarter (3) la sostengano, dicendo che allorchè l'incanto è aperto, cioè quando fu proclamato il pegno per il valore di stima, ebbe già luogo la promessa di rilasciare la cosa all'offerente per il valore della stima o per un maggiore, sotto condizione che nessuno offra di più, e da questa promessa non sia più lecito il recedere per atto unilaterale; e che a minor ragione poi potrebbe impedirsi la vendita quando avesse già avuto luogo un'offerta. Ma non è difficile l'avvertire che prima d'essere il fondo effettivamente deliberato al maggior offerente, non accadde ancora, nè fu conchiusa la vendita giudiziale, cioè quel contratto in cui la promessa dell'una parte non si può rivocare senza il consentimento dell'altra. Fin che la cosa è esposta alla vendita non è venduta, e finchè pende la condizione e la possibilità di una migliore offerta, il primo offerente non è ancora deliberatario, non ha ancora acquistato alcun diritto: nessun contratto avvenne, nessun'accettazione fece irrevocabile la promessa. Finchè durano le trattative e quando la promessa non è ancor fatta, ovvero non è nè prima, nè dopo accettata, non esiste ancora alcun contratto: sono parole del § 861 del Codice civile.

Dicemmo ancora essere inconcludente la dispositiva del § 438 del Regolamento giudiziario, perciocchè riguarda esclusivamente la rivendita che si fa a carico del deliberatario, il quale perciò resta escluso dal diritto di rompere la novella subasta, perchè, avendo trascurata l'osservanza dei doveri assunti nella anteriore, la legge ha cagione di diffidare della fede sua, e di escluderlo dalla novella.

§ LXIV.

Se dalla vendita dello stabile non si ritrae la somma dovuta, il debitore deve supplire al rimanente; spetta all'incontro a suo vantaggio il di più che dalla vendita venisse percetto.

§ 464 *del Codice civile austriaco.*

SOMMARIO

1. L'ipoteca come accessoria non impedisce che tutto il debito sia pagato: ma pagato che fosse, ritorna al proprietario l'eccedenza del valore della cosa.

(1) Zeiller, *Comento* al § 462, n. 1. Codice civile.

(2) Nippel, al § 462, n. 2. Codice civile.

(3) Winiwarter, al § 462, tom. 2. § 150. *Dir. civile austriaco.*

1. Realizzato e liquidato il diritto dell'ipoteca, non cessano ancora tutti i rapporti tra il proprietario o debitore e il creditore. Perciocchè dopo la vendita o l'assegno del fondo ipotecato, può o mancare qualche cosa al totale pagamento del debito, od avanzare alcuna parte di valore che all'espropriato si deve restituire.

Quindi nel § 464 del Codice civile austriaco si stabilì che se dalla vendita del pegno non si ritrae la somma dovuta, il debitore debba supplire al rimanente. Il che è della natura dell'ipoteca, la quale assicura bensì il debito personale, ma non vi sostituisce: onde Pomponio ebbe a dire che non ci ha bisogno d'un patto relativo: *quia ipso jure se res habet, etiam non adjecto eo* (1). Diversamente accadea nell'antica giurisprudenza veneta, secondo la quale la dazione del pegno pregiudicava al maggior valore del debito (2): disposizione contraria alla natura del pegno, che non cessa mai d'essere un semplice accessorio, come dicono Carezzi (3) e Nippel (4); perchè fu ricevuto dal creditore per semplice sicurezza, e non per pagamento.

Nel caso contrario, che dalla vendita del pegno si fosse ritratto donde pagare i debiti ipotecarii, e avanzasse un residuo del prezzo, questo spetteria al proprietario del pegno, che lo può ripetere coll'azione, che gli antichi chiamavano *pignoratizia*, ad imitazione di quella che concedevano al debitore per ripetere la cosa mobile data in pegno, e dopo pagato il debito, e che era affatto personale contro il creditore e gli eredi, e quindi non promovibile contro il terzo possessore (5). Così nell'ipoteca, pagato il debito, può il debitore o ripetere il residuo prezzo quando fosse venduto il fondo (§ 464 Codice civile), o chiedere la cancellazione dell'ipoteca, come vedremo nel § LXXVII del Capo ultimo di questa Parte seconda.

(1) Appresso Paolo, in leg. 9, § 1. Dig. *de distraction. pignor.* La stessa disposizione legislativa si ha nelle leg. 10. Cod. *de obligat. et action.* leg. 28. Dig. *de rebus creditis.* leg. 3. Cod. *de distract. pignor.* leg. 35. Dig. *de pignor. actione*, leg. 3. § *sed si quidem.* Cod. *de jure domin. impetr.*

(2) Glossa in l. 28. vers. *creditor.* Dig. *de rebus creditis*, in leg. 8. Cod. *si certum petatur*, et in leg. 1. Cod. *de pignoribus.* Neguzant, *de pign.* par. 3. m. 2. n. 36.

(3) Carozzi, *Giurispr.* vol. 10, pegno, cap. 3, n. 9.

(4) Nippel, *comento* al § 464.

(5) Tot. tit. Dig. et Cod. *de pignoratit. action.* leg. ult. Cod. *de distract. pignor.* Gherardo Noodt, *Observat* lib. 1. cap. 7.

§ LXV.

Il terzo possessore, quantunque estraneo al debito personale e all' ipoteca, è tenuto verso i creditori de' frutti percetti e dei danni arrecati sul fondo ipotecato dopo che gli fu intimata la petizione del pagamento. Se però avrà fatto su di esso delle spese, avrà diritto di prelevarne l' importo sul prezzo del medesimo, in quanto non ecceda il valore delle migliorie risultanti.

Arg. dai §§ 331, 332, 336 e 338 del Codice civile austr. dal § 278 del Regolamento giudiziario e dall' art. 2175 e 2176 del Codice Napoleone.

SOMMARIO.

1. Il terzo possessore deve restituire i frutti percetti dopo intimata la petizione ipotecaria. Argomento dalla legislazione comparata e dalle teorie del possesso secondo il Codice civile austriaco.
2. È tenuto a indennizzare i creditori ipotecarj solamente delle deteriorazioni posteriori alla petizione ipotecaria.
3. De' diritti del possessore circa le migliorie. Conciliazione nuova di due leggi romane.
4. Esame delle leggi moderne. Questo diritto è pure ammesso dalle leggi austriache.
5. Dimostrazione razionale di questo diritto.
6. In quali modi lo si possa esercitare. Del *jus retentionis*, del privilegio reale e dell'azione *in rem verso*.
7. Nella legge austriaca non si può esercitare che in un quarto modo, cioè in confronto di tutti i creditori, e prima della vendita del fondo.
8. Quali migliorie s' intendano ricuperabili; se si compensino co' frutti.

1. Noi non abbiamo ancora rintracciate tutte le conseguenze che partono dall'azione ipotecaria nei rapporti fra il terzo possessore e i creditori, e ci resta a vedere quali doveri abbia colui e quali diritti circa i frutti, i danni e le migliorie del fondo, sul quale per un debito altrui sofferse l'esecuzione.

Incominciando dai frutti domandiamo se il terzo possessore convenuto per l'azione ipotecaria ne debba comunicare il godimento ai creditori dal dì della petizione, ovvero non li debba se non in quanto siano stati sequestrati col successivo pignoramento. Tace la legge austriaca nel caso speciale; però abbiamo più o meno esplicite disposizioni nel Diritto romano e nel francese. *Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex*, scrisse Marciano in proposito del terzo posssessore, *ut ex quo lis*

inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet (1). Fabro analizzando questa legge insegnò, che non sempre il terzo possessore convenuto coll'azione ipotecaria è obbligato a restituire i frutti percetti dopo essersi contestata la lite, *sed eo demum casu quo intersit petitoris* (2). Conclusione negativa abbastanza evidente: perchè il creditore il quale esercita siffatta azione, non può chiedere più di quanto gli interessa, quindi; se il valore del fondo e il suo grado ipotecario fossero sufficienti a tacitarlo, non potria arrecar molestia per cagione dei frutti.

Che se premesse all'attore di percepire l'utilità dei frutti, perchè il valore capitale del fondo non bastasse all'indennità del suo credito, bisognerebbe soggiungere col sullodato presidente savojardo: *a tempore litis contestatæ condemnari possessor debeat in id omne quod intersit creditoris citius sibi satisfactum fuisse, quia litis contestatio constituit reum in mala fide* (3). E non solo i frutti percetti dopo contestata la lite, ma eziandio quelli che fossero raccolti anteriormente, e rimanessero intatti, ossia gli *extantes* (4); ed in questo è chiarissimo il passo di Marciano: *nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extent, et res non sufficit* (5).

Non aspettavano adunque le leggi romane che il libero arbitrio del terzo possessore fosse vincolato col pegno giudiziale, ossia coll' immissione del creditore in possesso; ma bastava la semplice azione ipotecaria a creare in lui l'obbligo di destinare alla soddisfazione dell'attore le utilità tutte del fondo rivendicato.

La legge francese coll'art. 2176 del Codice Napoleone prescrive nettamente che i frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore che dal giorno in cui gli fu intimato di pagare o di rilasciare il fondo, e se la proposta istanza è stata abbandonata per lo spazio di tre anni, saranno dovuti soltanto dalla nuova intimazione che sarà fatta (6).

Con questa legge può tuttavia esser dubbio se sia costretto il possessore a dar conto dei frutti *extantes* al momento dell' intimazione, e se sia obbligato in qualunque caso, o solamente quando interessa all'attore di percepire i frutti scaduti e percetti. Sembra però che il primo di questi dubbii sia stato sciolto secondo il sistema antico nell' art 199 del Regolamento ipotecario vigente in Romagna, che dice, dovere il possessore i frutti dell'immobile dal giorno in cui fu posto in mala fede con atto giudiziale.

Dicemmo tacere in proposito la legge austriaca, in quanto non abbiamo disposizioni che alludano al possessore espropriato in virtù dell'azione

(1) Leg. 16, § 4. Dig. *de pignor. et hyp.*

(2) Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 6. def. 13.

(3) Fabro in Cod. loco citato, arg. ex leg. 25, § 7. Dig. *de petit. heredit.* leg. 16, § 3. Dig. *de pignor. et hyp.* leg. 38, § 7. Dig. *de usuris et fructib*

(4) Fabro ibid.

(5) D. l. 16. § 4. Dig. *de pignor. et hyp.*

(6) A questo art. sono univoci gli art. 2070 del Cod. siciliano, art. 2242 del Cod. parmense, art. 2294 del Cod. piemontese, art. 2242 del Cod. modenese, art. 129 del motoproprio toscano, nel quale si restringe ad un anno il termine triennale di quell' articolo.

ipotecaria. Abbiamo però una disposizione analoga nell'emergenza di un possessore di buona fede convenuto coll'azione vendicatoria: perciocchè il § 338 del Codice civile gli ingiunge di restituire i frutti raccolti dopo che gli fu intimata la petizione vendicatoria.

Tuttavia all'applicazione di questa dispositiva si può opporre, come il terzo possessore durante l'azione ipotecaria permanendo proprietario della cosa ipotecata, non debba i frutti della cosa, perchè ancora suoi, e solo cedano a profitto del creditore quando questi realmente li apprende col pignoramento del fondo, al quale come a loro causa produttiva sono accessorii. Ed invece la prescrizione del § 338 è applicabile esclusivamente al possessore che è proprietario, se ed in quanto non riesca l'azione vendicatoria; ma se riesce, dal dì della petizione s'intende destituito dal possesso o dominio putativo: ed era ben giusto in questo caso che da quel dì non percepisse più l'utilità del fondo rivendicato.

Questa diversità non ci sembra abbastanza concludente per esonerare il possessore dall'obbligo addossatogli dalle leggi romane e francesi. Possiamo ben concedere che il possessore durante l'ipotecaria rimanga proprietario, e possa anco sperare, pagando nel frattempo il debitore personale, di riescire a liberarsi da ogni molestia. Ma si deve anche riflettere che il possessore nell'ipotecaria, dal dì dell'intimata petizione non rimane proprietario assolutamente, ma colla condizione e coll'obbligo reale corrispettivo di pagare il debito inscritto o di patire l'espropriazione del fondo. L'ipoteca messa in esercizio è, press'a poco come l'azione vendicatoria, una causa risolutiva del dominio e del possesso del convenuto; essa tende ad espropriarne il possessore, solo avendo questi il diritto d'impedirla col pagamento del debito. Rimane egli proprietario per tutt'altri riguardi; ma per riguardo alla pretesa reale del creditore è posto in mala fede dal giorno dell'intimazione. Quando un possessore, ci si insegna nel § 327 del Codice civile, eccede i confini del proprio diritto, può essere sotto diverso aspetto considerato qual possessore di buona e di mala fede insieme. Onde inferisce Zeiller (1) che questo insegnamento sia applicabile particolarmente per le proprietà divise, *o soggette ad ipoteche* o a servitù: imperocchè agisce di mala fede il proprietario d'un fondo vincolato in tal guisa, appropriandosi i frutti o l'uso d'un diritto che ad altri appartenga. E di vero dal giorno in che gli è intimata l'azione ipotecaria, il possessore viene nella certa opinione di dovere o pagare tutto il debito inscritto, o rilasciare il fondo all'esecuzione. Prima di quel giorno l'ipoteca non impedivagli il libero esercizio e godimento del suo diritto di dominio; poteva quindi raccoglierne e godere i frutti (2).

(1) Zeiller, Comento al § 327. n. 1.

(2) L'istessa dottrina venne adottata dal Cod. austr. nei § 330 in riguardo al possessore di buona fede, abolendo l'antica dottrina del restituire i frutti *extantes* i legislatori moderni, osserva Zeiller al § 329, n. 2. riflettono che la distinzione tra i frutti raccolti, e quei per anco esistenti rende di soverchio difficile la distinzione di proprietario o di possessore di buona fede, o favorisce il dissipatore a preferenza dell'uomo economo.

Ma dopo quel dì, o sentendosi incapace, o non determinandosi per un contrario interesse a pagare il debito inscritto, il suo possesso diventava una nuda detenzione, da diritto cangiavasi in fatto, e il possessore civile tramutavasi in custode e amministratore per conto altrui (1).

La disposizione del § 338 del Codice civile si dimostra per assai concludente nella materia del pegno, prima di tutto perchè nel Capitolo I della Parte II dello stesso Codice, al quale appartiene quel §, parla in genere di qualunque possessore, e quindi non esclude il possessore d'un fondo ipotecato, d'un fondo che gli si toglie non per le azioni vendicatoria o pubbliciana, o per gli interdetti possessorii, ma per l'azione ipotecaria che è pure una rivendicatoria condizionata al pagamento del debito. In secondo luogo dal § 354 dello stesso Capitolo si evince questa attinenza logica colla materia del pegno: avvegnachè vi si dice, che se al detentore di buona fede per una sua pretensione competa il diritto di ritenere la cosa, sarà determinato nel Capitolo del diritto di pegno. E nel § 471, ultimo tra i §§ di questo Capitolo, si proibisce appunto il diritto di ritenzione al possessore del pegno. Egli è della massima importanza lo stabilire e raffermare questa illazione dal Capitolo del possesso al Capitolo del pegno, dal possessore ordinario al possessore convenuto coll'azione ipotecaria: perchè nelle seguenti due tesi, che abbiamo proposte circa i danni e le migliorie operate dallo stesso possessore, non sapressimo trovare una savia conclusione se non l'attingessimo a quel fonte legislativo.

E non sia inutile l'aggiungere quest'osservazione generale: che la concisione, di cui fece tanto studio il compilatore del Codice civile austriaco, bene induce nell'opinione nostra, e la giustifica, e ci autorizza a credere che colle teoriche generali del possesso avesse voluto provvedere eziandio alla tesi proposta: e che questa concisione non avesse impedito che la sua mente non avvertisse il legame pratico che esister deve tra i due Capitoli, come li ha ivi §§ 334 e 471 opportunamente collegati. Nè si vorrà agevolmente supporre ch'egli avesse trascurato di regolare questi importanti rapporti tra il possessore e i creditori ipotecarii in seguito all'espropriazione giudiziale. Veggansi le minute disposizioni dei due Capitoli del Diritto di pegno (§§ 447-471) e dell'assicurazione dei diritti ed obblighi (§§ 1368-1374): veggansi le lucide e compiutissime disposizioni nella materia delle successioni, di alcuni contratti, della volontaria giurisdizione, dell'indennizzazione, delle mutazioni de' diritti ed obblighi, della prescrizione, e vedasi se al Legislatore nostro mancava uel senso pratico che provvede alle più urgenti e quotidiane bisogne del vivere civile.

(1) Vedasi in proposito ciò che dicemmo sotto il § LVII, num. 11, sulla facoltà dinegatagli d'alienare il fondo durante l'azione ipotecaria; dove invocammo eziandio la concludente autorità del § 278 del Regolamento giudiziario.

E se non si vuol veder altro, in linea imperativa e pratica, s'osservi la categorica prescrizione del § 7 dello stesso Codice, per cui, qualora un caso non si possa decidere nè secondo le parole, nè secondo il senso naturale della legge, si deve aver riguardo ai casi consimili precisamente dalla legge decisi, ed ai motivi di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno dubbio il caso, si deve decidersi secondo i principii del Diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate.

Vorrassi forse dire che il caso del possessore di buona fede non sia *consimile* ed *analogo* alla posizione del possessore d'un fondo ipotecato? Egli non è semplice possessore, è proprietario nel lato senso della parola: concedasi. Ma intentandosi contro di lui l'azione ipotecaria, non si viene forse all'analogo risultato della espropriazione, così come per l'appunto avviene nell'azione vendicatoria o pubbliciana? Egli può evitare questo risultato, se paga il debito. Paghi adunque, e non ci sarà alcuna quistione. Ma se non paga il debito, subisce l'espropriazione egualmente come nella vendicatoria. Se adunque nella vendicatoria, quantunque fino alla sentenza egli possa credersi proprietario verace, pure dal dì della petizione è tenuto alla restituzione de' frutti, perchè la sentenza che dà ragione all'attore produce effetto dal dì della petizione: perchè non produrrà lo stesso effetto la sentenza che accerta il diritto e l'efficacia dell'ipoteca?

2. La seconda tesi, che ci è suggerita dai possibili rapporti tra il possessore e creditori, è la seguente: è egli tenuto verso di loro delle deteriorazioni da lui volontariamente cagionate sul fondo ipotecato? Non fa bisogno, crediamo, di stabilire che egli non sia tenuto dei danni cagionati involontariamente; perchè fondamento d'ogni azione d'indennizzo è la colpa o il dolo del danneggiante, non il caso fortuito (§§ 1294 e 1306 del Codice civile austriaco). Questa conclusione è pure adottata da Mattei (1).

Nel primo caso distingueremo, o egli ha deteriorato il fondo prima che fosse convenuto in giudizio coll'azione ipotecaria: ovvero diè mano all'opera distruttrice solamente dopo intentata quest'azione.

Nel primo momento non dubitiamo che egli non sia tenuto dei guasti e de' danni, che egli stesso avesse cagionato allo stabile: come se avesse atterrata una casa, distrutto un bosco, una piantagione, manomessa la coltura, disperse o pregiudicate le ragioni delle acque irrigative. Egli era proprietario, e lo stabile era affetto alle ipoteche nella sua natura reale; ma la conservazione delle ipoteche inscritte, e del valor fondiario che loro presta materia, non era punto nelle obbligazioni civili del possessore. È questo un canone fondamentale del gius ipotecario, raccomandato per noi nel num. 10 del § XLVI, che l'ipoteca per sè sola non impedisce il

(1) Mattei, n. 2, art. 2175, append. 1 al § 471 Codice austriaco.

libero esercizio del dominio, e che perciò il possessore, che non è nè debitore, nè autore dell' ipoteca, non è in veruna guisa vincolato nella libertà sua. Egli non è tenuto al debito, ma è tenuto solamente a patire che l' ipoteca s' eserciti sul suo fondo mediante l' esecuzione. Non è autore dell' ipoteca, quindi non è garante della sua conservazione.

Di conseguenza egli non sarebbe tenuto, come lo è il debitore, di dare ai creditori un supplemento di garanzia nel caso che il fondo fosse per il suo fatto deteriorato di tanto, che la di loro sicurezza reale si fosse diminuita (1). E difatti il § 458 del Codice civile addebita questo supplemento di garanzia al debitore o *a colui che ha costituito il pegno*. Non disse egli: a carico d'un qualunque possessore che volontariamente avesse diminuito il valore del fondo. Il qual silenzio significa che il possessore estraneo al debito e all'ipoteca, si può benissimo considerare nella categoria del possessore di buona fede o del proprietario avente la libera disponibilità delle cose sue, che può usare ad arbitrio di esse, consumarle ed anche distruggerle senza responsabilità. (§ 329, 354 del Codice civile austriaco).

Concludiamo quindi che l' obbligo di conservare l' utilità dell' ipoteca, conservando l' utilità economica del fondo, non spetta al terzo possessore estraneo al debito e all' ipoteca.

Non possiamo quindi approvare la contraria giurisprudenza francese e la italiana che la imita ciecamente. Nell'art. 2175 del Codice Napoleone si dispose che « le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio de' creditori ipotecarj, danno luogo ad agire contro di esso per l'indennità (2). » E non approviamo questa dottrina in quanto non ammette la nostra distinzione: se le deteriorazioni fossero avvenute prima o dopo l'intimata azione ipotecaria. Nel primo momento dicemmo e ripetiamo non essere consentanea quella decisione a'principii virtuali dell' ipoteca sulla proprietà altrui.

Invano sostennero Grenier (3) e Troplong (4) che per la pubblicità del sistema ipotecario si avesse dovuto innovare l'antica dottrina, e che il possessore fosse tenuto de' danni arrecati dopo l'inscrizione, perchè questa fosse ed un avvertimento dell'ipoteca, ed una specie d'immissione in possesso pel creditore, e producesse una più stretta affettazione che non nell'antica ipoteca occulta. Falsa opinione: l'ipoteca inscritta non ha più valore giuridico appo i moderni, che l'ipoteca occulta presso gli antichi: l'inscrizione non le attribuisce che una forma civile neces-

(1) Questa conclusione valga per la tesi proposta sotto il § XVI n. 2.

(2) Al qual art. corrispondono gli art. 2069 del Cod. napoletano, art. 2295 del Cod. albertino, artic. 128 del Motoproprio toscano. Giudicato col decreto 29 agosto 1809 della Corte d'appello di Parigi, in Sirey, tom. 10, p. 2. pag. 189, che il possessore è tenuto ai danni cagionati ai creditori dal taglio straordinario de' boschi, como quegli che ciò facendo avesso agito con frode: quantunque avesso ciò fatto prima dell' esecuzione.

(3) Grenier, *hyp* num. 338.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* num 852.

saria alla sua esistenza; è falso che attribuisca ai creditori il possesso del fondo, che non s'acquista se non col pignoramento (§ LVIII). Se con essa l'acquistassero, bisognerebbe concludere che l'azione ipotecaria non patirebbe prescrizione; ma l'articolo 2180 del Codice Napoleone il niega espressamente: le iscrizioni prese dal creditore non interrompono il corso della prescrizione (1). Finchè l'ipoteca non è messa in esercizio colla relativa azione, non toglie al proprietario, e principalmente al proprietario estraneo al debito e all'ipoteca, il libero esercizio della proprietà sua. Ei lo conserva fino all'intimazione della petizione ipotecaria, perchè d'allora comincia la funzione risolvente del suo dominio per causa dell'ipoteca.

Da ciò si vede qual nessuna estimazione facciamo dell'opinione di Degli Sforza, che senza discernimento adotta il parere di Troplong (2). Questa nostra conclusione critica è avvalorata dall'esempio dei Codici civili di Parma e di Modena, i quali nell'art. 2241 di ciascheduno condannano il possessore per le deteriorazioni fatte dopo promossa l'azione ipotecaria. Ed anche il Regolamento ipotecario di Romagna nell'art. 198 si mantiene in una prudente riserva, dicendo solo delle deteriorazioni cagionate con dolo o colpa lata: dal che è facile inferire che prima dell'azione ipotecaria il possessore è incolpevole, perchè agì da proprietario: *qui enim rem suam neglexit, nullius querelæ subjectus est* (3).

Nel secondo termine della distinzione proposta non esitiamo ad affermare che il terzo possessore, appena che è convenuto in giudizio coll'azione ipotecaria, debba reputarsi come interdetto nell'amministrazione del fondo, come semplice detentore e custode obbligato all'interesse del creditore che realizza il suo diritto reale d'ipoteca.

Quello stesso § 338 del Codice civile, che invocammo nell'argomento dei frutti, vale pure per questa tesi. Anche il possessore di buona fede, vi si legge, allorchè è condannato alla restituzione della cosa per sentenza di giudice, si deve quanto al risarcimento degli utili *e del danno,* come pure quanto alle spese, considerare come un possessore di mala fede dal giorno in cui gli fu intimata la petizione. Badisi alle parole: *allorchè è condannato alla restituzione della cosa.* Con queste espressioni generali si comprende pur l'azione ipotecaria che consiste, dicemmo, nel chiedere o il pagamento o il rilascio. Sarà adunque applicabile la successiva disposizione nel caso proposto.

Quest'obbligazione del danno cagionato dopo intimata l'azione ipotecaria si trova pur sancita nel § 278 del Regolamento giudiziario, ove si dice: « se alcuno avrà alienato, oppure lasciato perire o deteriorarsi una cosa *sapendo* appartenere la medesima ad un terzo, *o essere da un terzo*

(1) Come vedremo nel § LXXX del Capo quarto ed ultimo.

(2) Degli Sforza, *Dir. di pegno*, § 52, cap. 8, num. 2 e 3, pag. 195 e 196.

(3) Leg. 31, § 3, Dig. *de petit. heredit.* E poi § 1305 del Cod. civ. austr. chi fa uso d'un suo diritto entro i giusti limiti non è responsabile del danno che ad altri ne deriva.

pretesa... si dovrà ammettere l'avversario a giurare il proprio danno, il di cui importo dovrà da esso previamente determinarsi con precisione. »

8. Un possessore può aver accresciuto il valore del fondo ipotecato con sue notevoli migliorie: può per esempio aver ampliato o edificato di nuovo un edifizio sopra una nuda area: può aver arricchito un podere d'una stabile irrigazione, o praticati de' dissodamenti o delle piantagioni in modo che quello ottenesse nell'esecuzione ipotecaria un prezzo maggiore di quello, che non si sarebbe ricavato quando era in proprietà del debitore. Si domanda quindi se il possessore abbia diritto di pretendere un adeguato rimborso delle migliorie stesse, in quali proporzioni e in quali modi.

Comunemente concludevano i prammatici che egli avesse il diritto di ritenere il fondo se i creditori non lo rimborsavano delle spese fatte *quatenus res pretiosior facta sit* (1). Opinione ricca d'equità e di buon senso, e che noi dobbiamo ventilare prima di venire all'esame della legge vigente.

Quando doveasi decidere per l'autorità delle leggi romane, si affacciava una difficile antinomia da sciogliere nell'esame de' seguenti due testi. Paolo avea scritto: *domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, et extruxit. Quæsitum est de jure pignoris. Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri, idest cum jure pignoris. Sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumptus in extructione erogatos, quatenus prætiosior res facta est, reciperent* (2).

Ipotecata una casa, abbrucciò: l'area rimasta fu comperata da Lucio Tizio, il quale vi fabbricò. Si chiese che mai rimanesse della precedente ipoteca. Rispose Paolo: continuare il diritto persecutorio del pegno, e quindi come inerente al suolo distendersi sulla superficie tutta, colla virtù originaria del pegno; ma il possessore di buona fede non essere altrimenti costretto a restituire l'edifizio ai creditori, se non ricevesse da loro le spese erogate nella costruzione, nella misura che la cosa ne fosse accresciuta di valore.

L'altro testo che forma il termine dell'antinomia, è del giureconsulto Africano. *Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cœpit: deinde creditor eas ædes pignori sibi obligatas persequi vult: non sine ratione dicetur,* NISI IMPENSAS QUAS IN REFECTIONEM FECERIM, *mihi præstare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem.* Fin qui nulla di più chiaro; ma prosiegue: *cur ergo non emptori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam eme-*

(1) Garsia, *de expensis et meliorat.* cap. 18. n. 53, 56. Richeri, *Jurispr. univ.* vol. 9 § 1575.

(2) Leg. 29, § 2. Dig. *de pignorib. et hyp.*

rit? Non recte hæc inter se comparabuntur, quando is qui emit sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit et debeat: quod non æque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest (1).

Dunque Paolo direbbe che il terzo possessore per acquisto volontario potrà ripetere le spese fatte sul fondo: Africano il niegherebbe. Stando in questi termini l' antinomia sarebbe evidente ed irreducibile. E come tale fu accusata da molti: tra gli altri da Salgado con dire: *res est ardua et valde difficilis, in qua non tantum inter doctores diversimode et varie sentientes, verum et inter ipsos jurisconsultos notam et apertam repugnantiam reperier* (2). E persino lo stesso Garsia assevera: *quod Pauli responsum mihi certe..... sine pace, sine ulla concordia, sine ulla conciliatione pugnat cum responso Africani* (3).

Ma mi sia permesso di credere e dimostrare come non sia punto così disperata la conciliazione, e che anzi tanto Paolo che Africano si sieno spiegati sufficientemente e di perfetto accordo. E mi lusingo di sciogliere questa difficoltà d' ermeneutica e di rendere altrui capace soltanto col precisare l'oggetto della loro loro distinta ricerca.

Però avanti di esprimere il mio pensiero voglio descrivere l'imbarazzo grandissimo in cui si trovarono gli institutisti e prammatici italiani e forastieri, onde ognun veda quanto senno romano sia sopravvissuto alla fiacca e superficiale dialettica scolastica.

Parecchi tentativi di conciliazione furono fatti dopo la Glossa d'Accursio fino ai tempi nostri: ma tutti quelli che ci è dato conoscere riescirono a vuoto. Dionigi Gottofredo (4), Cujaccio (5) e Troplong (6), avrebbero osservato che Paolo accennasse alle spese miglioratrici del fondo, *quatenus res pretiosior facta sit*, e che Africano si fosse limitato a parlare delle spese di ristauro. Ma questa distinzione non conclude, perchè Africano alludendo alle *refectiones*, ossia ricostruzioni disse pure che il possessore *damni infecti causa* ha diritto ad esserne indennizzato, nel mentre lo niega al possessore per titolo volontario. La differenza è radicale per qualunque specie sia di riparazione che di miglioria: perchè il *reficere* o il *ricostruire* non esclude che si facciano delle migliorie. E di più non si spiega perchè in una data specie Africano dissenta formalmente da Paolo. Eppure Cujaccio, e il suo relatore Troplong conchiudono che con questa distinzione *nihil est facilius!* E come di solito fanno le beffe ad Accursio perchè avesse annoverate tutte le opinioni correnti in proposito a' suoi tempi: *quid tot comenta Accursii in hanc rem?* (7).

(1) Leg. 44, § 1. Dig. *de damno infecto.*
(2) Salgado, *labyr. credit.* par. 1, cap. XI. num. 47.
(3) Johan. Garsia, *de expens. et meilor.* cap. 18. num. 57.
(4) Dion. Gottofr. in leg. 29, § 2. Dig. *de pignor.* not. 17, 20.
(5) Cujacc. *ad Africanum.* tractat. 9, § *damni infecti.*
(6) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 838, bis.
(7) Troplong. loco citato.

Accursio riferisce ed approva un'altra opinione secondo la quale Africano avrebbe deciso negativamente nel caso che il possessore pretendesse il prezzo del fondo, non già le spese della costruzione e della riparazione (1); ma i termini del testo dimostrano che egli alluda alle *impensas quas in refectionem fecerim.* La stessa Glossa (2), Gottofredo (3) e Garsia (4) propongono un'altra ipotesi, che Africano dicesse lo stretto diritto, Paolo l'equità: vecchio zibaldone per tutte le difficoltà d'ermeneutica! Quasichè Paolo e Africano diversamente concludessero avendo sott'occhi una legge scritta positiva, che pure non citano, nè verosimilmente aveano, e quasichè, supposto che fossero discordi, Giustiniano colla compilazione del Digesti non avesse accreditati alla pratica osservanza ambedue que'testi, come legge scritta, e quindi l'una non avesse perduto il carattere equitativo per divenire affatto positiva, e come tale non fosse egualmente imperativa dell'altra legge contraria. Aggiunsero quest'altro spediente che Paolo concedesse l'indennizzo al possessor di buona fede che ignorato avesse la causa del pegno, Africano il vietasse perchè alludesse al possessore che sapea delle ipoteche (5): ma Africano non imaginò cosa siffatta, perchè colle parole *ideoque diligentius a venditore sibi cavere* ET POSSIT ET DEBEAT, disse solamente della possibilità che ha il possessore di provvedere alla indennità propria in confronto del venditore: nel mentre, supposto per contrario che il vicino fosse immesso in possesso pel pericolo di ruina, disse non aver egli un simile regresso.

Un'altra osservazione conciliativa fu tentata con dire che Africano diniegasse al possessore di ripetere le spese dal creditore quando ripeterle potea dal venditore, Paolo invece alludesse al caso che queste spese fossero *necessarie* all'utilità dei creditori: *cum sine his nullius edificii pignus creditor haberet* (6). Ma Africano niega senza riserbo e nel caso che le spese fossero necessarie alla conservazione del pegno, e nel caso che il possessore non avesse un utile ed effettivo regresso contro del venditore: e Paolo al contrario l'afferma pure senza riguardo al regresso del compratore (7). Voet (8) e Richeri (9) pretendono che la negativa d'Africano sia riservata al solo caso che le spese di refezione fossero compensate col godimento antecedente del fondo: l'affermativa di Paolo a tutti gli altri. Ma quest'interpretazione è pur essa posticcia, poichè ambedue o negano od affermano in termini generali.

Tutti questi esperimenti dispiacquero a Bartolo (10) ed a Garsia (11), i

(1) Accursio in leg. 44. § 1, vers. *tribuendum.* Dig. *de damno infecto.*

(2) Ibid.

(3) Loco citato, nota 19.

(4) Garsia, cap. 18, n, 67.

(5) Accursio e Gottofredo, ibid. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 6, def. 19. Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1575.

(6) Cujacc, ad African, tract 9, § *damni infecti.* Dion. Gottofr. ibid. nota 19. Troplong, d. n. 838. bis.

(7) Garsia, *de expens. et melior.* cap. 18. num. 67 e 68.

(8) Voet; *in pand.* lib. 20. tit. 1, n. 4.

(9) Richeri, *Jurispr.* vol. 9, § 1575.

(10) Bartolo in d. leg. 44. § 1. Dig. *damno infect.*

(11) Garsia, d cap 18, n. 57, in fine e 61

quali ricorsero all'*ultima ratio* formidabile de' legisti imbrogliati, cioè a quella di correggere le parole o la punteggiatura del testo di Africano traendolo a viva forza ad approvare la sentenza di Paolo. Però lo stesso Garsia, prudentissimo scrittore, esita alquanto e confessa l'illegalità del ripiego (1), aggiungendo: ***quare cum non quiescat animus, secretius aliud investigandum est, quod veram juris rationem aperiat*** (2).

Già nella Glossa (3), e dallo stesso Garzia (4) era stato intraveduto che la vera differenza delle due decisioni partiva dal fatto che Paolo affermava il diritto del possessore a ripetere le spese fatte ***quatenus res pretiosior facta est***, ossia a ripetere il valore delle migliorie non eccedente l'importo delle spese effettive: Africano invece parlava delle spese di riparazione senza riguardo al risultamento delle migliorie, ma piuttosto alle riparazioni che impediscono la ruina e la corruzione degli edificii: alle spese conservatrici piuttosto che non alle perfezionatrici e miglioratici del fondo. Ma questa conciliazione non finì di piacere e di convincere Garsia, preoccupato fuor del bisogno di conciliare Africano con Africano: perchè essa conciliava bensì Africano e Paolo in riguardo al terzo possessore, ma non vedeva come quegli decidesse diversamente in riguardo al vicino immesso in possesso della casa minacciante ruina, e che ha diritto di ricuperare le spese di ristauro, quantunque non abbiano migliorato il prezzo dell'edifizio. Mettendo egli in contrasto costui col creditore gli fa dire per lutta sua difesa: ***possidens autem ajebat non debere se suis expensis carere, necessario et utiliter factis: neque esse ferendum ut substantia sua ad creditorem illum deveniret sine causa: non esse tibi similem causam, et emptori: quia emptor a venditore eas expensas refectionis actione ex empto possit conservare, se vero a domino minime, quia inter jussum possidere et dominum latitantem, aut non comparentem*** (a dar cauzione del danno temuto dalla casa minacciante ruina) ***nullum negotium gestum sit***: ***posse ipsum creditorem*** pagare quelle spese, e ripeterle dal debitore, quando volesse ricuperare il suo fondo (5). Ma e se il fondo non bastasse a tacitare i creditori ipotecarii, come potrebbero questi ricuperare queste spese dall'insolvibile debitore? E' dunque questo un vano ripiego: collo scrittore castigliano non potriasi conciliare Africano con sè stesso; perciocchè il possessore pel danno infetto potrebbe ripetere per qualsiasi ragione quelle spese che ad un'altro possessore non è dato ripetere. Africano gli concedette tal diritto senza apporvi condizione di sorta. Egli condannolli alle spese, senza alcuna riserva. Epperchè condannolli in riguardo al possessore per causa di danno infetto, e li assolse in riguardo ad ogni altro possessore? Qui sta il punto da decidere. Non v' ha qui una vera contraddizione? — Eppure non vi ha, diciamo noi, il diritto dell'un possessore è diverso da quello

(1) E glielа rimprovera Salgado, *labyr. cred.* part. 1. cap. XI. num, 55.

(2) Garsia, ibid. num. 61, in fine.

(3) In d. leg. 44, § 1, v. *tribuendum*

(4) Garsia, ibid. n. 57, 67 e 68.

(5) Garsia, ibidem, num. 68.

dell'altro. Noi crediamo che questo solo rimarco sia sufficiente a rimuovere ogni ostacolo.

Ritengasi coll'opinione più volgarmente ricevuta presso i prammatici per vera e indubitabile la decisione di Paolo: competere al terzo possessoro il diritto di ritenere il fondo, finchè i creditori ipotecarj non lo rimborsano delle spese da lui fatte o per costruzione o riparazione qualsiasi, per necessità o per diletto, ma solo ed in quanto per esse si sia accresciuto il valore del fondo stesso. Indi procediamo a commentare Africano. Domanda questi, e decide affermativamente, che il vicino il quale fu immesso in possesso della casa minacciante ruina, convenuto dai precedenti creditori ipotecarj, non è obbligato a restituire ad essi l'edificio, se costoro non lo rimborsano di tutte le spese fatte, senza alcuna distinzione: *nisi impensas quas in refectionem fecerim mihi præstare sit paratus*. Epperchè potrà egli ripetere anche quelle spese che non avessero migliorato d'un obolo il valore del fondo? Ritornisi per un momento al § VIII, num. 8 ed al § XLVII num. 7, ove mostrai che al vicino compete un privilegio primeggiante tutte le ipoteche per le spese ch' egli avesse fatte sulla casa, purchè desse fossero *necessarie* ad impedire la ruina di quella, e quindi ad allontanare il pericolo della propria. Diritto privilegiato e realissimo è il suo; perchè senza riguardo a persona alcuna, e quindi nemmanco agli anteriori creditori ipotecarj, egli avea il diritto d'impetrare il pegno pretorio, *causa damni infecti*, e di non essere spodestato, senza che al suo pericolo si fosse con una cauzione qualsiasi sufficientemente provveduto.

Ognun vede adunque la specialità di questo privilegio: esso non è a confondere con quello che Paolo assegnò ad ogni altro possessore dello stabile ipotecato. Ha pur questi un suo privilegio, ma per diverso titolo, con virtù più limitata. Incominciò Paolo a dire che questo privilegio della ritenzione del fondo non gli spetta che allo scopo di ricuperare ciò che ha effettivamente speso, ed in quanto lo stesso risulti dal valore accresciuto per le migliorie. Quindi gli diniega quel di più delle spese che non avessero accresciuto il valor del fondo. E non sente diversamente Africano. Parla questi del privilegio del pegno pretorio *ex causa damni infecti*, e dice non competere al possessore ordinario: ma non niegò che a quest' ultimo competesse il privilegio diverso assegnatogli da Paolo. Parla Africano delle spese riparatrici e necessarie del vicino che conservano e riparano la casa; e il privilegio che concede al vicino il niega ad un estraneo possessore. Parla Paolo delle spese che migliorano il fondo, e dice competerne il privilegio avanti gl'ipotecarj a qualunque possessore; ma le spese privilegiate del vicino non sono che le necessarie, e non importa che non migliorino il fondo: le spese privilegiate di ogni altro possessore possono anche essere utili e semplicemente voluttuarie, e cionondimeno possono essere privilegiate, se ed in quanto aumentano il valore del fondo. Dunque sono due privilegi di-

versi, con diverse prerogative e diverse condizioni. A quelle due categorie legali subordinarono le loro decisioni Africano e Paolo, e non è loro colpa se i posteriori casisti, invece d' illustrare l'analisi colle generali categorie del diritto, non uscirono dalle inette pastoje del caso pratico e materiale.

Veniamo ora a cercare se e come per le moderne leggi competa al terzo possessore questo diritto.

4. La legge francese ha conservato l'antico Diritto in quanto fece abilità al terzo possessore di ripetere le spese e miglioramenti da lui fatti, non però oltre la concorrenza del valor maggiore che ne è risultato come appare dall' articolo 2175 del Codice Napoleone (1).

Assai più notevole è la disposizione dell'art. 2189 del Codice albertino, in quanto che caratterizza questo diritto del possessore come un vero privilegio sull'immobile, primeggiante su tutte le ipoteche inscritte.» Il terzo possessore avrà pure privilegio sopra lo stabile di cui è stato espropriato, per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo, sino a concorrente della minor somma tra lo speso e il migliorato al tempo del rilascio, ovvero del deliberamento contro di lui seguito.» Però nel seguente art. 2200 si prescrive che il possessore per conservare questo suo privilegio debba farlo iscrivere nel termine di un mese dal rilascio, e prima del deliberamento contro di lui seguito.

Disposizioni simili alla francese si trovano negli art. 128 e 130 del Motuproprio toscano sulle ipoteche del 2 maggio 1836, e negli art. 2139 e 2144 del Codice civile estense.

Or vediamo delle leggi austriache. Abbiamo osservato testè parlando dei frutti, come al possessore ipotecario sieno applicabili le teorie del Codice civile contenute nel capitolo del possesso. Veggasi il § 331. « Se il possessore di buona fede ha fatto delle spese o necessarie per la conservazione permanente della sostanza della cosa, o utili per l'aumento delle rendite continue (2), gli si compete il risarcimento (3) secondo il valore attuale, purchè questo non superi le spese effettivamente fatte ». § 332.» Le spese voluttuarie e di ornamento si compensano solamente in quanto sia stato colle medesime accresciuto realmente il valore comune della cosa; ossia il precedente possessore è libero di levare per sè tutto ciò che possa levarsi, salva la sostanza della cosa medesima (4). Non sia

(1) Al quale art. corrispondono gli art. 66. del Regol. 19 aprile 1806. art. 2069 del Cod. delle due Sicilie; art. 2228 e 2241 del Cod. civ. di Parma. art. 198 del Regolam. legisl. gregoriano; art. 128 del motuproprio toscano art. 2227 e 2241 del Cod. civ. estense

(2) Invece delle parole: *o utili per l' aumento delle rendite continue*, Basevi, *hic*, n. 1. proporrebbe, come di più esatta e chiara traduzione, le seguenti: *o utili per l'aumento di un vantaggio tuttavia esistente.*

(3) Invece di *risarcimento*, Basevi *hic*, n, 2, per la stessa ragione preferisce la parola: *compenso*.

(4) Invece delle parole *salva la sostanza* ec. Basevi, hic. n. 1. dice che il testo importa

indarno vedere le seguenti disposizioni relative al possessore di malafede. § 336 » Quanto alle spese che il possessore di mala fede avrà fatte nella cosa, si applicherà ciò che è determinato nel capitolo del mandato riguardo alle spese fatte da chi senza mandato abbia assunta l' amministrazione degli affari altrui. Nel capitolo del mandato abbiamo il § 1036 che dice: « chi senza averne avuta incumbenza disimpegna l' affare altrui *all'oggetto d'allontanare un danno imminente*, ha il diritto di essere rimborsato da quello, per cui ebbe ad agire, delle spese necessarie e di quelle fatte in conformità dello scopo, quantunque la sua opera sia senza sua colpa rimasta priva d'effetto. E nel § 1037 chi vuole intraprendere gli affari d'un'altro per l'unico fine d'accrescere i di lui vantaggi, deve domandare l'assenso del medesimo. Che se ha egli trascurato questo dovere, ma ha amministrato l'affare a proprie spese, a manifesto prevalente vantaggio dell' altro, questi è obbligato a rimborsarlo delle spese a tal effetto impiegate. Che se questo prevalente vantaggio non è manifesto, soggiungesi ne'seguenti §§ 1058 e 1040, o i cambiamenti furono fatti contro la volontà espressa del proprietario, o per essi la cosa è diventata inservibile allo scopo cui era stata fino allora adoperata, il proprietario non è tenuto a verun risarcimento, ma può anzi pretendere la restituzione nel pristino stato, o il pieno soddisfacimento. » Or qui possiamo stabilire che il proprietario del fondo ipotecato, ma estraneo al debito e all'ipoteca, subita l' espropriazione in causa di questa, meriti d'essere paragonato al possessore di buona fede quanto alle spese necessarie, utili o voluttuarie; perciocchè più che possessore egli è proprietario. Chi volesse sostenere il contrario contravverrebbe ad ogni regola dell'esegesi legale. Ha ella profferito la legge un principio parziale? lo generalizzi il giureconsulto col diritto ch' egli ha della savia induzione. Ha ella proferita una massima generale? la tragga colla deduzione a tutti i particolari che si contengono nella sua efficienza. Non vorrassi dire che la materia del capitolo del possesso concerna esclusivamente il possessore *animo domino* che non sia anche proprietario: perciocchè vi si parla pure del possessore di malafede che non ha il sentimento e la giustificazione subbiettiva della proprietà. Se la legge provvede all' indennizzo di chi non è proprietario e non è nemmeno possessore di buona fede, perchè non avrà voluto provvedere all'indennità del proprietario? Ma perchè, domandiamo, la legge ha provveduto a costoro? Rispondono Zeiller (1), Nippel (2), Carozzi (3), Winiwarter (4), e prima di costoro la francese (5) e l'antica giurisprudenza (6): affinchè quegli che rivendica la cosa migliorata, non si arrichisca a danno del migliorante. Or bene questa

invece: *senza danno della sostanza*; perchè, soggiunge, la sostanza può rimanere intera, ma fatta meno bella o meno decorosa o quindi danneggiata.

(1) Zeiller, *comento al* § 331. n. 1. Codice austriaco.

(2) Nippel, *com* al § 331, num. 2.

(3) Carozzi, *Giur. del Cod. austr.* Vol. 9, cap. 12, num. 22.

(4) Winiwarter al § 331. del Cod. austr.

(5) Grenier, *hyp.* num. 336.

(6) Sul testo della leg. 29, § 2 Dig. *de pignorib. et hyp.*

medesima teorica generale, questo eminente principio d'equità meritò parecchie altre applicazioni nello stesso Codice civile, e specialmente nel caso dell' accessione industriale di chi con materiali altrui fabbrica sul proprio fondo: § 416 e 417; o di chi con materiali proprii edificò sul fondo altrui: § 418; o di chi fabbricò con materiali altrui sul fondo altrui: § 419; i quali casi sono retti dalla massima stabilita nel § 415: che il proprietario della cosa stata congiunta per colpa dell'altro ha la scelta *o di ritenere per sè la cosa intera col bonificare le spese per cui è stata fatta migliore*, o di cederla all'altro ripetendone parimenti la compensazione. Possiamo dunque affermare che l'argomentazione semplicemente deduttiva può beneficare il possessore ipotecario dell' efficienza di quel principio, e favorirlo in una misura non minore di quella con cui s'indennizza il possessore di mala fede e fin'anco colui, che senza essere nè possessore nè proprietario ha amministrato le cose altrui senza mandato alcuno. Se i creditori ipotecarii esperissero il loro diritto reale, non contro il possessore-proprietario, ma contro un possessore di buona o di mala fede, che non fosse proprietario vero, sarebbero essi tenuti per la diretta applicazione delle leggi succitate a risarcirlo delle migliorie. Epperchè dunque non avrà lo stesso diritto il possessore che è proprietario? vorrassi forse dubitare che i creditori ipotecarii non abbiano tal obbligo? che lo abbia solo il proprietario rivendicante? Ma i creditori ipotecarj hanno forse diritti maggiori del proprietario debitore, dell'autore delle loro ipoteche?

5. Stabilita la conclusione che per la nostra legge il possessore ha diritto di prelevare l'importo delle migliorie, vediamo di confortarla nelle estreme autorità della ragione e della pratica. Sotto il primo riguardo scrisse Troplong: Egli è certo in diritto che l'ipoteca affetta anche le migliorie fatte dal terzo possessore, perchè abbiam veduto nell' art. 2133 (nostro § XLVI num. 8) che l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti fatti nell'immobile ipotecato, senza distinguere se essi sieno stati operati dal debitore o da un terzo possessore. Non si esiti adunque ad affermare che anche le migliorie di costui sono affette dall'ipoteca e suscettibili di esecuzione. Solamente l'equità ha voluto che il terzo detentore fosse risarcito delle sue spese fino alla concorrenza dell' aumento di valore cagionato alla cosa, *quatenus res pretiosior facta est*; perchè il creditore espropriante non deve arricchirsene a sue spese (1). Ha ragione l' illustre commentatore francese; ma questa deduzione non ci soddisfà egualmente nella forma, che ci sembra dover essere più esatta. Il dogma dell'indivisibilità obbiettiva dell'ipoteca per sè solo parrebbe dover comprendere anche le migliorie praticate dal successivo possessore, insieme a tutto il fondo come fu in origine ipotecato, e certamente avrebbe questa

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 836.

larga officienza se l'ipoteca avesse ad unico fondamento il *jus soli*, o la base materiale del fondo. E più volte vedemmo come presso i francesi non si guardi ad altro, di modochè la loro giurisprudenza si trova agitata in parecchie dispute indecise. Il qual criterio parziale impedisce di dimostrare coll'usata lucidezza anche la deduzione proposta; imperocchè ci sembra che Troplong, dicendo che l'equità ha voluto proteggere il possessore migliorante, confessi espressamente di non saper come giustificare il suo assunto. Appellarsi all'equità è un rivolgersi al sentimento comune, che in molte emergenze pratiche decide senza sapere scientificamente il perchè. Ma nell'interesse della scienza, della vera deduzione giuridica, tra la legge positiva e l'equità noi non troviamo differenza alcuna, e meno di noi il comentatore francese potrebbe distinguerle, posciachè l'art. 2175 del suo Codice civile ha fatto di legge positiva ciò che egli attribuisce all'equità. Dobbiamo dunque cercare un' acconcia ragione di quell'aforismo legislativo. Egli è senza dubbio conforme all'equità, per ciò solo che piacque in ogni tempo agli amatori del giusto; ma non è ancora per ciò solo dimostrato. E noi crediamo di rinvenire questa ragione nel completare la nozione della base dell'ipoteca; la quale pur dissimo che consiste immediatamente non sull' entità economica della proprietà, ma nella sua entità giuridica. Quindi l'ipoteca è individua più presto sul diritto, che non sull' utile del proprietario. L'ipoteca consiste più presto sulla proprietà del debitore, e solo in dipendenza di questa cade sul fondo (1). Non ha quindi per materia la proprietà altrui. Data la proprietà del debitore, tutta questa proprietà, cogli aumenti suoi soggiace al vincolo ipotecario. Ma aumentato il fondo per la proprietà altrui non ne resta accresciuta l'ipoteca. Mostrammo ad esempio come il socio che avesse comperato la porzione ipotecata dall'altro socio, o dicemmo che la sua porzione originaria non ne resta affetta pel contatto (2).

Or quindi argomentiamo. Il terzo possessore ha acquistato e il diritto e l'utile del proprietario, autore dell'ipoteca. Questa s'estende sopra tutto il fondo in quanto questo apparteneva in proprietà al suo costituente. Ma la proprietà giuridica, non può consistere senza avere un oggetto. E l'oggetto è il fondo. Ma il fondo migliorato è composto economicamente dei valori trasmessi dal costituente, e dai valori aggiunti dall' acquirente. Queste migliorie sono inseparabili dal fondo, perchè risultanti da una trasformazione o da opere che disgiunte perderebbero il proprio valore. Ma il valore che le rappresenta è separabile dal valore del fondo. Concludiamo. Se l'ipoteca segue la proprietà giuridica e l'entità economica del valore di essa, se non passa alla proprietà altrui ed oltre il valore che la rappresenta, non affetterà nemmeno la miglioria, che è proprietà e valore d'un'altro. Non potendosi ella nella sua natura fisica disgiungere dal fondo, ella riceve le scosse della persecuzione ipotecaria di questo;

(1) Vedi § XIII. n. 1 e 6, § XV num 6, § XLVI. num. 5 e 9.

(2) Come mostrammo nel § XLVI, num. 9.

ma potendosi disgiungere nella sua entità economica del valore, come avviene appunto nella vendita del fondo, rimane intatta nella sua condizione giuridica al proprietario possessore. In ultima analisi l' ipoteca e la proprietà altrui rimangono nei giusti loro confini: secondo la massima degnità del *suum cuique tribuere.*

Questa ci sembra la ragione per cui si sostengono le disposizioni positive della nostra legge, che abbiamo esaminate testè circa il possessore di buona o di mala fede e l'amministratore degli affari altrui senza mandato; i quali hanno appunto diritto alle migliorie perchè le proprie utilità economiche non possono cadere a vantaggio altrui per l'unico fatto dell'essere state congiunte fisicamente colle cose d'altrui dominio.

Per tutte queste cose ci sembra d' avere ragunato intorno al nostro soggetto una sufficiente difesa contro le oscillazioni della effemeride forese: dalla quale fu tratto in contraria parte l'avvocato Mattei, comunque erudito dall'esempio dell'antica e delle moderne legislazioni forastiere (1).

Però l'opinione nostra è sostenuta da Degli Sforza con argomenti simili a quelli che abbiamo adoperati (2); salvo che non gli concediamo ciò che egli aggiunge, che il possessore abbia diritto all' indennizzo privilegiato delle spese fatte come necessarie alla conservazione del fondo, e non produttrici d'alcuna miglioria; perciocchè come dissimo nel § XLVII, n. 8, siffatto privilegio non è riconosciuto nel Diritto austriaco, e perchè il possessore providde con esse all' interesse proprio, come proprietario, anzichè come mandatario dei creditori; i quali prima dell' apertura del concorso e dell'azione ipotecaria lo lasciarono libero possessore, e quando vengono al fondo lo apprendono e ne raccolgono il prezzo in quanto non appaja accresciuto dai capitali del possessore medesimo.

6. Non è ovvia la scelta dell'occasione e del modo col quale si possa esercitare la ricupera del prezzo delle migliorie. Presso gli antichi, come vedemmo nell'esame della legge 29, § 2, Dig. *de pignoribus*, il possessore avea il *jus retentionis*, ossia l'eccezione di ritenere il fondo fino a quando il creditore esecutante non gli pagasse le spese miglioratrici. Questo diritto non era propriamente un privilegio poziore sulle ipoteche, ma una semplice eccezione che sventava l'azione ipotecaria. Se il possessore avesse intralasciato d'opporla ad essa, non potea più rimediarvi con un'azione speciale (3).

Ma nel Diritto moderno la cosa cambiava aspetto. Il creditore non fu più in obbligo di pagare le migliorie prima di ottenere una sentenza fa-

(1) Mattei, al § 457, num. 7, del Cod. civ. aust.; ove cita due sentenze conformi per l'opinione contraria alla nostra: 30 gennajo 1852, n. 33747 del tribunal civ. di Milano, e successivo 2 luglio dell'Appello lombardo.

(2) Degli Sforza, *Dir. di pegno*, cap. VIII, § 32. num. 2 e 3, pag. 194-219.

(3) Leg. 48. Dig. *de rei vendicat.* Chiesi, *sist. ipotec.* num. 347.

vorevole nell'azione ipotecaria; perchè, siccome ogni realizzazione ipotecaria non si può ottenere oggidì che colla vendita o l'assegno giudiziale, e nel caso che il prezzo fosse insufficiente a tacitare tutte le pretese reali coesistenti sul medesimo fondo, si provvede alla ben partita soddisfazione col giudizio d'ordine, così bastava che si rimettesse al risultato di questo giudizio anche il diritto del possessore; al quale perciò, anche rilasciando tosto il fondo all'esecuzione giudiziale, bastava che fosse fatta riserva del suo diritto nella sentenza ipotecaria, perchè ottenesse la debita soddisfazione nel riparto del prezzo. Così il gius di ritenzione degenerava in un apposito privilegio reale, efficace e realizzabile anche dopo la sentenza ipotecaria, durante l'esecuzione. Il che ci viene testificato essersi osservato nella pratica francese da Pothier (1), e da Grenier (2).

Così è che nella pratica di alcuni Codici moderni o non si parla affatto del gius di ritenzione, e non ci ha bisogno alcuno, perchè si concede espressamente al possessore il privilegio reale di ripetere in qualunque stadio dell'esecuzione le migliorie: come fecero il Codice albertino, nell'art. 2149, il Codice modenese nell'art. 2139 n. 5, il Codice parmense negli art. 2228 e 2241, e il motuproprio di Toscana nell'art. 162; i quali ultimi due impongono all'aggiudicatario di pagare le migliorie all'espropriato. Ovvero non si parla nè del diritto di ritenzione, nè del privilegio reale, ma si accorda in genere un diritto di ripetizione, senza indicarne il modo e la forma, come fece il Codice Napoleone all'art. 2175 (3), il Codice siciliano nell'art. 2069, il Regolamento ipotecario di Romagna nell'art. 198, e presso a poco egualmente la legge austriaca. Come si potrà adunque esercitare? In forma di eccezione che si risolve nel gius di ritenzione? o in forma di privilegio reale?

Non crediamo che lo possa esercitare nè nell'una nè nell'altra forma, ma solo nel modo con cui si esercita qualunque altro diritto, colle speciali cautele che veniamo ad esporre.

Non potrebbe esercitare il diritto di ritenzione, non veramente perchè il § 471 del Codice civile austriaco, od altra legge glielo vieti, ma per un'altra ragione. Il § 471 allude al diritto di ritenzione che pretenderebbe « colui, sono sue precise parole, che ha ricevuta la cosa in pegno, o qualunque altro detentore d'una cosa *altrui*, dopo che è cessato il diritto concedutogli. Egli non allude al possessore del fondo esecutato, del quale rimane proprietario durante l'azione ipotecaria e fino alla delibera o all'assegno giudiziale: come non allude a tutti gli altri casi in cui ac-

(1) Pothier, *Introd. au tit.* 20. num. 38. Cout. d'Orléans.

(2) Grenier, *hyp.* num. 336, ne cita altri.

(3) E come osservarono Grenier, *hyp.* num. 336, 337, Troplong, *des priv. et hyp.* num. 836: e fu anche giudicato: Arrêt 30 maggio 1810 della corte di Torino: *Sirey, Jurispr.* vol. 10, p. 338. Arrêt 29 luglio 1819 della Corte di Cassazione. Mourlon, *Examen critique et pratique au commentaire de M. Troplong sur les privil.* num. 259 e segg.

corda siffatto diritto, come si vede ne' §§ 393, 403, 980, 1052, 1062, 1153 e 1321 dello stesso Codice. Ma la vera ragione per cui il possessore non potrebbe esercitare quel diritto gli è perchè non gli riescirebbe efficace quand'anche il creditore attòre vi acconsentisse: ossia riconoscesse il suo diritto alle migliorie, come utilmente collocabile nella graduatoria. Imperciocchè quest'ammissione non basterebbe di per sè sola a rendere efficace il suo diritto in confronto degli altri creditori estranei nell'azione ipotecaria, e che non vengono in presenza se non al tempo della vendita.

Dal che ognun vede la differenza che ci ha tra il nostro e il Diritto antico: il creditore esecutante allora, se priore in tempo, era l'unico autore dell'esecuzione; egli vendeva privatamente, e i posteriori creditori non poteano opporsi alle sue procedure; quindi il possessore eccependo del suo diritto, pretendeva l'immediato pagamento delle migliorie, e la cosa finiva ristretta ne' loro rapporti. Oggidì invece il creditore anche anziano deve invitare gli altri creditori all'esecuzione, ed essi pure devono essere sentiti per ammettere quel diritto del possessore, che torrebbe ad essi molta parte del prezzo in pregiudizio delle loro ipoteche. Se essi non venissero sentiti, non potrebbero essere costretti a riconoscere come diritto efficace contro sè medesimi la pretesa del possessore.

Dal che, notiamo per incidente, si spiega come la legge francese tacesse sul diritto di ritenzione, appunto perchè saria oggidì impraticabile almeno nel modo diretto con cui praticavasi fra gli antichi (1), e per questa impossibilità pratica, riteniamo inefficace l'eccezione delle migliorie anche per la nostra legge.

Ma si potrà ripeterne il risarcimento a modo di privilegio? cioè durante il giudizio d'ordine, e dopo che fu venduto il fondo?

Abbiamo detto di no: e ci argomentiamo da questo, che la nostra e la legge francese concedono bensì al possessore un diritto al risarcimento delle migliorie, ma non lo sanciscono colla virtù di privilegio reale. Il loro silenzio non può interpretarsi in guisa da legittimare una forma di diritto di tanto momento. E i privilegi per la loro natura hanno d'uopo di una espressa sanzione del Legislatore; perocchè alle leggi generali non si deroga senza la sua espressa dichiarazione. I privilegi non si presumono, nè si accettano per interpretazione: *quod contra rationem juris receptum est non producatur ad consequentias.*

Non accettiamo adunque l'opinione di Persil (2), di Troplong (3) e Grenier (4) che estimano competere al possessore un manifesto privilegio esercibile direttamente contro chiunque, anche dopo la vendita del fondo

(1) Sostengono però aver diritto alla ritensione: Chiesi, *sist. ipot.* num. 348, Tarrible, *Repert.* V. *Privileg.* sect. 4, § 5, n. 2, Battur. tom. 3, n. 491-497; ma sono vinti dalle opposizioni di Grenier, *hyp.* num. 336, 337, di Troplong, *des priv. et hyp.* num. 836, e di Mourlon, *examen critique.* n. 252.

(2) Persil *Régim. hyp.* art. 2175.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 836-838.

(4) Grenier, *hyp.* num. 336

e durante il giudizio d'ordine; e loro contrapponiamo la gravissima autorità di Mourlon, il quale oltre l'argomento dell'interpretazione restrittiva de' privilegi, constata pure che lo stesso Troplong in base all'articolo 2175 del Codice civile francese conviene che non si accordi al possessore che un diritto di ripetizione, un *semplice credito;* il quale perciò non può per sè stesso degenerare in un diritto reale (1).

Un terzo partito fu proposto da Zachariæ (2) nel concedere al possessore un'azione *de in rem verso,* esercibile nel giudizio d'ordine sulla parte del prezzo che corrisponde alle migliorie, o nel processo stesso della vendita facendo inserire nelle condizioni della vendita l'obbligo per l'acquirente di pagare a lui medesimo quella parte di prezzo (3). E Mourlon avverte ancora come questi due suggerimenti s'escludano l'un l'altro, perchè il primo sarebbe lo stesso che un privilegio, il secondo non differenzierebbe dal *jus retentionis* (4). Rimarco giustissimo. Che rimane dunque a fare?

7. Per venire a un plausibile scioglimento della ricerca, dobbiamo tener conto degli elementi somministrati dai tre partiti che abbiamo scartati, e con essi combinarne un quarto, che ci sembra dover riuscire più vero ed utile nella pratica. Dicemmo che il possessore ha in genere un diritto all'indennizzo delle migliorie: che però non lo possa ottenere colla ritenzione del fondo, o coll'azione reale del privilegio, o personale dell'*in rem verso.* Ma se egli non può valersi del *jus retentionis,* perchè dovrebbe essere proposto contro tutti gli altri creditori, non si esclude con ciò che non lo possa esercitare in qualche altro modo. Ed eccolo.

Il possessore deve provvedere con una prudente e speciale riserva, acciocchè la sentenza che lo condanna al rilascio non opponga ostacolo alle ulteriori sue pratiche colla forza grandissima della cosa giudicata: checchè dica in contrario Neguzanzio, che il possessore *in ipsa executione sententiæ poterit exciperè de dictis melioramentis, et illa probare, et rem retinere donec ei solvatùr... quia exceptio melioramentorum non impugnat ipsam sententiam, sed potius respicit executionem sententiæ... prout etiam in simili videmus in exceptione compensationis* (5). La quale opinione è storta, perchè la sentenza, che comanda il rilascio incondizionato del fondo, non può essere obbedita coll'opporre al rilascio una condizione gravosa. È dunque necessaria una riserva, colla quale può il possessore procedere a realizzare il suo diritto personale esercitabile contro i creditori tutti, non per l'azione *de in rem verso,* nè a modo di privilegio reale, ma come diritto di compartecipazione al dominio di quel

(1) Mourlon, *Examen critique* a Troplong num. 232. 2.me systeme.

(2) Zachariæ, tom. 2. pag. 210, nota 7.

(3) Conclusione che vedemmo adottata nelle leggi parmensi e toscane.

(4) Mourlon, loco citato.

(5) Neguzant. *de pignor.* par. 5. mem. 4, num. 10.

fondo che egli è obbligato a rilasciare, e che non fu ancora venduto. Si noti bene questa circostanza. Se il possessore aspettasse ad agire dopo la delibera o l'assegno, non potrebbe citare i creditori o il nuovo acquirente, perchè non ha alcun diritto reale o privilegiato, od alcuna azione fondata in una obbligazione personale dei creditori stessi: ed essendo il fondo divenuto in proprietà del terzo non potrebbe esercitare alcun diritto di ritenzione della cosa divenuta d'altrui, secondo che dice il § 471 del Codice civile. Ma prima che il fondo sia venduto od assegnato deve proporre una formale azione contro i creditori tutti, perchè sia dichiarato il suo diritto alle migliorie, che è una specie di compartecipazione al dominio del fondo, affinchè nel caso che essi creditori sollecitassero la subasta esecutiva per i prevalenti loro diritti ipotecarii, fosse salvo e intatto questo suo diritto, non diversamente da quello che compete ad un socio nel caso della vendita della cosa comune indivisibile a sensi del § 843 del Codice civile. Ben è vero che egli con questa sua compartecipazione non è un vero condomino: la proprietà si venderebbe intera dai creditori e l'acquirente sarebbe intangibile ad ogni sua molestia. Ma finchè egli rimane proprietario vero di tutto il fondo, può opporsi alla vendita esecutiva limitando ne' confini originarii il diritto reale dei creditori. Egli non eserciterebbe un diritto reale verso coloro, ma limiterebbe quello che essi professano sul fondo; la qual cosa non potrebbe egli far più, quando coloro per la vendita, consumata avessero già esercitate le loro ragioni reali; perchè allora non avrebbe altra via di salute che l'azione di regresso verso il debitore ed autore del suo dominio, come vedremo nel § seguente. Epperciò, finchè egli rimane proprietario del fondo, il suo diritto, dopo la riserva fattagli nella sentenza del rilascio rimane intatto: può dunque essere riconosciuto giudizialmente. E quando fosse riconosciuto, e il fondo fosse venduto, e per l'insufficienza del prezzo si aprisse il giudizio d'ordine, egli potria insinuare questo suo diritto, non perchè reale o privilegiato, o perchè i creditori fossero obbligati personalmente a indennizzarlo, ma semplicemente in virtù della cosa giudicata in di loro confronto. Lo stesso si dica nel caso che il prezzo fosse sufficiente alla dimissione di tutti i creditori, ma non all'indennizzo delle migliorie. Se non che per questa possibile emergenza deve aver cura l'esecutato di avvertire il futuro deliberatario o nel capitolato della subasta, o con una diffida speciale, o meglio col sequestrare il prezzo, per impedire che paghi i creditori in suo pregiudizio.

Mourlon conviene con noi nel separarci dai settatori dell'uno o dell'altro de' tre partiti: cioè del diritto di ritenzione, o del privilegio, o dell'azione *in rem verso:* ma non vidde la soluzione nostra. E diffatti conchiude egli col dire che il possessore ha a sè obbligati direttamente i creditori ipotecarii per il ricupero delle migliorie, e a questo fine può sequestrare il prezzo del fondo; e soggiunge, nel caso che altri creditori de' suoi creditori ottenessero pure un sequestro su quella parte di prezzo,

egli dovrebbe patirne la concorrenza, come s'usa tra più sequestratarii (1). Ma come fa egli a stabiliro quest'obbligo personale dei creditori ipotecarii a indennizzarlo delle migliorie? Confutò Zachariæ che volea concedere l'azione *de in rem verso*: il suo progetto è forse differente? Facendo obbligati i creditori ipotecarii a quell'indennizzo, non è forse perchè sue spese furono impiegate e convertite nel fondo venduto? In qual legge sostiene quest'obbligo? Nell'art. 2175? ma pur egli confessò che anche il progetto di Zachariæ non vi è giustificato. *Il n'y est question que du droit qu'a le détenteur de répéter ses impenses, c'est à-dire de se faire payer. La loi reconnaît, et consacre sa créance, mais elle ne fait rien de plus.*

Dunque non è questo il modo di sciogliere la quistione. Se la legge accorda un diritto senza accennare al modo: se non accorda nè il diritto di ritenzione, nè il privilegio reale: se i creditori non possono essere obbligati alla rifusione in mancanza d'un privilegio o d'una espressa disposizione di legge: forza è adottare il nostro partito. Eserciti il possessore il suo diritto finchè è confortato dalla proprietà. Lo conservi coll'ottenere dai creditori od una ricognizione contrattuale, od una sentenza di giudice, per esercitarlo dopo la vendita sul prezzo ritrattone.

8. Or domandiamo quali migliorie possa ricuperare il terzo possessore espropriato. La legge dice, secondo i termini del § 331 del Codice civile che *gli compete il risarcimento secondo il valore attuale, purchè quello non superi le spese effettivamente fatte*: e secondo i termini del § 332: le spese voluttuarie *si compensano solamente in quanto sia stato colle medesime accresciuto realmente il valor commune della cosa*. Nel che abbiamo la teorica netta e schietta di Paolo: *sumptus in extructione erogatos, quatenus prætiosior res facta est, recipere* (2).

Lo Zeiller pone a quella pretesa le seguenti tre condizioni: che la spesa utile, o necessaria, o voluttuaria avesse prodotto un'effetto: che questo effetto esista tuttora: che la spesa, o la pretesa del disimborso non superi il valore attuale dell'effetto (3).

Qui non occorre di distinguere se le spese fossero necessarie o voluttuarie: purchè fossero utili, e la loro utilità risultasse dal periodo dell'acquisto a quello della vendita esecutiva. Epperciò lo stesso Zeiller (4), Nippel (5), Winiwarter (6) o Carozzi (7) insegnano che se il possessore avesse colle sue spese conservato un'edifizio, e questo fosse ruinato, nessun indennizzo potria pretendere della sua opera inefficace.

(1) Mourlon, loco citato, num. 252.

(2) D. Leg. 29, § 2, Dig. *de pignorib. et hyp.* Troplong. n. 837-838 *des priv. et hyp.*

(3) Zeiller, *comento* al § 331, n. 2, messo in armonia con ciò che dice nel num. 1, del seguente § 332. Cod. civ. austr.

(4) Zeiller, al § 331, num. 4.

(5) Nippel. al § 331, num. 2. Codice civile austriaco.

(6) Winiwarter, vol. 2, § 49 ossia al § 331 Codice austriaco.

(7) Carozzi, *giurispr. del Cod. austr.* vol. 9, cap. 12, n. 25.

Posta questa prima limitazione, si deve prestare attenzione alla natura dell'effetto prodotto dalle spese impiegatevi: egli deve essere durevole e perenne, non già temporario, ma tale che il valore del fondo ne sia accresciuto (1): e questo valore devesi desumere non già solo dalla presente utilità dell'opera, ma eziandio da'suoi futuri effetti, secondo che si possano approssimativamente calcolare (2).

Però tra i commentatori, e specialmente tra Nippel (3), Winiwarter (4) e Carozzi (5) si disputò se il possessore dovesse compensare le migliorie coll'utilità dei frutti percetti: e tutti dipartono dall'opinione di Zeiller, che non vi sia luogo a rifusione se la spesa *fare si poteva giusta le regole di economia coi frutti e cogli utili naturali già percetti* (6). Con ciò aveano anticipatamente risolta la questione nel senso che quelle spese, le quali si potevano fare od evitare colle ordinarie riparazioni, non si ponno pretendere dal possessore perchè, ed in quanto, dovea farle come richieste dall'ordinaria amministrazione, e quindi o le spese fatte erano quelle richieste dall'ordinaria economia, o le straordinarie riparazioni furono necessitate dalla sua negligenza nelle annuali riparazioni: egli non ha diritto a compenso alcuno. Ma implicitamente riconoscevano il diritto in lui di pretendere il rimborso di quelle migliorie straordinarie operate in vista d'un accrescimento d'utilità, che non era suo obbligo di procurare co'frutti, che d'anno in anno percepiva dal fondo. Con questo temperamento non vediamo come possa perdurare a lungo una disputa in proposito (7).

Importante è quest'altra limitazione proposta da Garsia (9) e da Troplong: che il possessore non avrebbe diritto alle migliorie che non provenissero dal suo fatto, ma piuttosto dalla natura; quali sarebbero le alluvioni (8). Imperocchè egli non ha diritto che *de damno vitando*, cioè a ricuperare le spese fatte.

Ma se il fondo fosse venduto a più od a meno del complessivo valor peritale, il possessore potrà egli chiedere il valor stimato delle migliorie, o il di più ricavato? o dovrà solo avere un valore proporzionato al prezzo della delibera? Sembra che debba aver solo questo, perchè la stima non gli aggiudica nessun diritto. Al pari d'ogni altro creditore deve attendere il risultato della vendita: il prezzo di questa è il vero prezzo delle sue migliorie; le quali perciò si devono diffalcare nella proporzione del rapporto che riscontrasi tra il valor peritale del fondo,

(1) Zeiller, al § 331, num. 4 e 5. Cod. aust.

(2) Nippel, nel § 331, num. 3.

(3) Nippel, al § 331, num. 5.

(4) Winiwarter, al § 331. Cod. austr.

(5) Carozzi, giurispr. del Cod. civ. vol. 9, cap. 12, num. 13.

(6) Zeiller, § 331, num. 4.

(7) Anche gli antichi trattarono la stessa quistione: vegganzi Neguzanzio, *de pignor*, par. 3. mem. 4, n. 9-20. Tiraquell. *de retraict conv.* § 7, gl. 1, n. 14. Paolo de Castro, *cons.* 210, n. 2. Garsia, *de expens. et melior.* cap. 18. num. 69, 75. e cap. 25, num. 11 38, cap. 1, num. 8. Postio, *de subhast.* insp. 52. n. 12, 13.

(8) Garsia, *de expens.* cap. 22, num. 1 e segg.

(9) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 835.

e quello de'suoi accrescimenti. Così se il fondo fu stimato a cento, e le migliorie a cinquanta: venduto il fondo a centoventi, egli avrà su questo valor totale solo un terzo, cioè *quaranta*.

Collo stesso criterio decideremo negativamente la tanto dibattuta antica controversia: se il possessore avente diritto alle migliorie possa riscattare tutto il fondo dall'esecuzione ipotecaria, pagando *l'æstimatio fundi*, cioè il valor peritale del fondo indipendentemente dalle migliorie, cioè tal quale è dovuto ai creditori stessi.

Affermano aver egli diritto a ciò fare Bartolo (1), il Castrense (2), Socino seniore (3), Neguzanzio (4), Fachineo (5), Covarruvias in quanto cita la pratica del Pretorio di Granata (6), Cencio (7), M. Merlin (8), Mangilio (9), e il cardinale De-Luca (10), Salgado (11), Fontanella (12), Mantica (13), Casaregi (14) e Tesauro giuniore (15).

I quali s'argomentavano da questo, che avendo il possessore il gius di ritenzione per le migliorie, e per questo stesso riguardo una comproprietà del fondo non obbligata alle ipoteche, meritasse d'essere preferito ai creditori, e avesse diritto di rimandarli, presso a poco come avverrebbe nell'accessione industriale, in cui il proprietario del suolo, pagando le spese dell'industriale, ritiene il fondo migliorato (16).

La contraria opinione negativa fu sostenuta da Garsia (17), dallo stesso Covarruvias per proprio conto (18), da Molineo (19), da Ciriaco (20), da Voet (21), da Grenier (22), da Troplong (23) e da Mourlon (24): e noi la reputiamo più vera, perchè, ammesso pure che sieno coesistenti il dominio del possessore e le ipoteche dei creditori, queste però per essere

(1) Bartolo, in l. 2. Cod. *de præd. et omn. re navic.*

(2) Paolo de Castro, in l. 18. *si fundus*, n. 2. Dig. *de pignor. act.*

(3) Socin. *consil.* 224, lib. 2.

(4) Neguzant. *de pign.* par. 5. m. 4, n. 21.

(5) Fachineo, *controv.* lib. XI, cap. XI.

(6) Covarruvias, *var. res* lib. 1. cap. 8, num. 2, 3.

(7) Cencio, *de censib*, quæ. 98, num. 81.

(8) M. Merlin, *de pign.* lib. 2. tit. 2. quæ. 69, num. 5, e lib. 4, tit. 2. quæ 71.

(9) Mangil. *de evict.* quæ. 40. num. 25.

(10) Card. de Luca, *de credit.* disc. 24. n. 19.

(11) Salgado, *labyr. cred.* par. 1, cap. XI, num. 90, 92.

(12) Fontanella, *de pactis nupt.* tom. 1. claus. 4, gl. 18, par. 2, n. 90, ossia ultimo, pag. mihi, 449.

(13) Mantica *de tacit ed amb.* lib. XI. tit. 26, num. 15.

(14) Casaregio, *de commerc.* disc. 178, n. 35.

(15) Thesaur. *quæst. for.* lib. 1, quæ. 71, num. 5. Da queste citazioni si vede come fosse infondato l'appunto fatto da Troplong, *des priv. et hyp.* num. 788, che disse, questa opinione essere stata sostenuta da piccol numero di partigiani.

(16) Appunto come prescrivono i §§ 415 e seguenti del Codice civile austriaco.

(17) Garsia, *de expens.* cap. 18, num. 84.

(18) Covarruvias, loco citato.

(19) Molinæus, *ad consuet. Paris.* tit. 1, gl. 5, § 1, num. 80-85.

(20) Cyriaco, *controv.* 194. num. 8.

(21) Voet, *in pand. de pignor. et hyp.* n. 4. in fine.

(22) Grenier, *hyp.* num. 336.

(23) Troplong, *des priv et hyp.* num. 836.

(24) Pel Dir. francese questa conclusione si giustifica coll'art. 609 del Codice di proced. civ., ove si stabilisce che chi ha il diritto di ritenzione non può opporsi alla esecuzione, ma solo alla distribuzione del prezzo. Mourlon, *Examen critique au comment. sur les privil. par M. Troplong.* num. 217-219.

più antiche, sono pure prevalenti in diritto; e se anche fossero eguali, e si considerassero come possessori d'una cosa comune indivisa, l'unico modo di ottenere la divisione, nel caso di reciproco dissenso, sarebbe quello di praticarne la vendita, e spartirne il maggior prezzo (1). La semplice stima giudiziale, come dicemmo nel caso precedente, non costituisce il vero prezzo della cosa. Il possessore potrebbe solo offrire quel valore, quando non si potesse ricavare un prezzo maggiore, come dicemmo nel § LXIII n. 3.

§ LXVI.

Il terzo possessore che ha subita l'espropriazione dell' immobile ipotecato, od ha pagato il debito iscritto sul medesimo, ha il regresso per essere indennizzato, come di ragione, contro il suo datore; il quale però non è tenuto a garantirlo dei futuri effetti delle ipoteche esistenti, a meno che avesse espressamente promesso che il fondo fosse libero da ipoteche.

Arg. dai §§ 922, 923, 928, 931, 932 e 1338 del Codice civile generale austriaco. Arg. dall' art. 2178 del Codice Napoleone.

SOMMARIO

1. De' rapporti tra il possessore e l'autore del suo dominio in conseguenza delle ipoteche.
2. Fondamento giuridico dell'azione di regresso. Diverse specie: azione redibitoria, *quanti minoris*, per evizione.
3. *A.* Del regresso per l'evizione ipotecaria: contro chi, se contro i precedenti venditori puossi esercitare.
4. Cosa si può ripetere, e quando e da chi si può agire con questa azione.
5. Con quali condizioni si può essa esercitare. Della denuncia della lite che terminò colla espropriazione.
6. *B.* Del caso che il possessore avesse pagato il debito ipotecario, ed evitata l'espropriazione.
7. Qual regresso abbia il legatario d' un fondo ipotecato, in confronto dell'erede, e quale il donatario verso il donante. Confutazione di Schuster, e di altri commentatori austriaci.

(1) Come stabiliscono i §§ 841-843 al Cod. civile austriaco.

8. Esame dei giudicati austriaci col confronto delle leggi austriache e romane.
9. Argomento dalla legislazione francese e comparata.
10. *C.* Del regresso per garanzia dagli effetti di un'ipoteca non ancora esercitata: il possessore non l'ha se non o per patto espresso, o nel caso che il suo autore gli avesse promessa la libertà del fondo.

1. Per cagione delle ipoteche cadenti sopra un fondo pervenuto in proprietà d'un possessore estraneo nasce un'altro ordine di rapporti giuridici, che giova qui risolvere e regolare. Questi rapporti sono possibili sopra tre ipotesi di fatto: perciocchè o il possessore fu espropriato del fondo in conseguenza delle ipoteche, come viddimo ne' superiori §§; o evitò la espropriazione pagando tutti od alcuni de' debiti ipotecarii inscritti, come viddimo nel luogo della surroga: o prima ancora di questi procedimenti, il possessore trovò con sua sorpresa essere ipotecato il fondo comperato. In ciascuno di questi casi si domanda se e come possa egli provvedere all'indennità propria. Premettiamo qualche considerazione generale sulla di lui posizione giuridica.

2. Il Codice civile austriaco ha formulato con molta esattezza i principii elementari che presiedono alle proposte ricerche « § 921: *nel contratto oneroso* servono di corrispettivo o le cose alle cose, o i fatti (comprese in questi anche le omissioni) ai fatti; o finalmente le cose ai fatti, e i fatti alle cose ».

« § 922. Se alcuno trasferisce in altri una cosa *a titolo oneroso*, deve garantire che essa abbia le qualità espressamente pattuite, o che d'ordinario si suppongono, e che presti quell' utile ed uso che è consentaneo alla natura dell'affare o alla fatta convenzione ».

« § 923. In conseguenza chi attribuisce alla cosa quelle qualità che non ha, e che vennero pattuite espressamente, o per la natura del contratto s'intendono tacitamente dedotte in contratto: chi tace i difetti o pesi non ordinarj di essa: chi vende una cosa che più non esiste, o vende per sua una cosa altrui: chi asserisce falsamente che la cosa è atta ad un uso determinato, o che è esente anche de'difetti e pesi ordinarj, è responsabile *se risulta il* contrario ».

« § 928. Se i vizii (1) d' una cosa siano evidenti, e se i pesi ad essa inerenti possano conoscersi dai pubblici libri, non vi ha luogo all' evizione, a meno che non siasi espressamente promesso che la cosa fosse senza difetti e senza pesi (§ 443). *Pei debiti ed arretrati inerenti alla cosa si deve in ogni caso* (2) *prestare l'evizione* ».

Questi principii sono basati sulla natura morale del contratto oneroso, piuttosto che sulla deduzione dalla forma imperativa di esso: sono una germinazione degli elementi intrinseci, cioè il consenso e l'utilità come

(1) Basevi hic, num. 1. osserva opportunamente che la traduzione dovea, dire, mancanze (Mängel), piuttosto che vizii.

(2) Invece che colle parole in ogni caso, il testo *stets* dovea essere tradotto colle parole: *mai sempre*. Basevi, hic, num. 2.

causa o fine del medesimo. Avvegnachè, quand'uno acquista una cosa in proprietà, per lo più intende possederla in modo irrevocabile e goderla in perpetuo: e questo accade con molto maggiore evidenza quando colui per procacciarsela si privò d'un valor corrispondente, che gli cagionava pur esso un'utilità perenne. Questo suo intendimento costituisce una condizione essenziale dell'acquisto, e fu ben a proposito legittimato nel § 921 del nostro Codice civile, perchè rappresenta quella natural legge radicata nell'istinto della proprietà, che de'beni proprii proibisce lo spreco inconsiderato. Ma questa, che diremo corollario di quella legge naturale, non fu tosto rinvenuta nelle prime leggi di Roma, preoccupate innanzi tutto della deduzione esatta dalla forma imperativa del contratto: di modo che stimarono principio massimo di deduzione la proprietà e la volontà del cittadino: unica e solenne legge fra i contraenti il simbolo del contratto. Avea l'uno ingannato l'altro? Peggio per costui. Credea questi d'aver acquistato una cosa durevole, e la perdette o si guastò per una causa preesistente? Egli dovea prevederlo, e pattuire l'indennità propria. Ma l'asprezza giuridica cedette col tempo al senso morale. L'equità intravidde che le parole del contratto non sieno legge se non perchè forma del consenso: che questo ha un oggetto costante nella perpetua utilità della cosa. Laonde gli Edili curuli cominciarono a proporre un'editto a tutela delle vendite de'servi e degli armenti (1), nel quale, come ci attesta il commentatore Ulpiano, proponeansi: *ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint* (2). E non solo tutelavasi il compratore dai raggiri del venditore, ma si faceva obbligo a questi di prestargli l'indennità di quei difetti della cosa venduta, che egli stesso avesse ignorato: *dummodo sciamus venditorem etiam si ignoravit ea, quæ ædiles præstari jubent, tamen teneri debere: nec interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate* (3). Di conseguenza l'editto concedeva all'acquirente la scelta di due azioni: l'azione *redhibitoria* e l'azione *quanti minoris* (4). *Redhibere est*, così Ulpiano definisce la prima, *facere ut rursus habeat venditor quod habuerit* (se non avesse comperato): *et quia reddendo id fiebat, id circo redhibitio est appellata quasi redditio* (5). Per questa azione si otteneva una specie di restituzione in intero contro il contratto (6), nel caso che la cosa comperata avesse tali difetti che, se fossero stati conosciuti dal compratore, probabilmente non l'avria acquistata (7). Coll'azione *quanti minoris* appellata anche *l'æstimatoria* (8), il compratore chiedeva al ven-

(1) Leg. 1, usque ad 38. Dig. *de ædilit. edicto*, Einecc. *in pand.* hoc. tit. § 51, 58. Ortolan, *Institut.* lib. 3, tit. 23, § *des effets du contrat de vente* Vol. 2. pag. 231.

(2) In leg. 1, § 2. Dig. *de ædilit. edicto.*

(3) Id. ibid.

(4) Leg. 25, § 1, Dig. *de except. rei iudicat.* leg. 18, leg. 41. § 2, leg. 47. Dig. *de ædilit. edicto.*

(5) Leg. 21 Dig. *de ædilit. edicto.*

(6) D. leg. 21, § 7, Dig. *de ædilit. edicto* leg. 23, § 1, leg. 60. Dig. eod. lit.

(7) Voet, *in pand. de ædil. edictio.* n. 4. per arg. dalla leg. 38. Dig. *de ædil. edicto.*

(8) Leg. 31, § 5, leg. 38, leg. 43, § 6, leg. 44, § 2. leg. 48, § 2. Dig. *de ædil. edicto.*

ditoro la restituzione di tanta parte di prezzo, quanto meno valeva la cosa al tempo ch'era stata venduta (1).

Ambedue queste azioni ammettevansi nelle vendite (2), nelle permute (3), ma non nelle donazioni (4); perciocchè in queste mancava nell'acquirente quell'interesse di conservarsi il corrispettivo di tanta parte di beni alienati nell'acquisto di altri beni. La giurisprudenza continuò a crescere nell'epoca imperiale: e con Labeone, e i successivi giureconsulti fu estesa l'applicazione dell'editto edilizio a tutte specie di vendita, sia di cose mobili o semoventi, sia di cose immobili (5). Fondamento e motivo di queste azioni era il fatto di un vizio o difetto o peso scoperto nella cosa acquistata, la cui causa fosse preesistente all'alienazione, e fosse di tanto momento da impedirne l'uso ordinario.

Ma nel caso che il compratore avesse perduta la cosa per causa d'evizione, ossia in seguito ad un giudizio intentatogli da un terzo, egli non abbisognava punto di quelle azioni straordinarie, ma avea in pronto l'azione *ex empto*. Avvegnachè, forse per occasione della salutare innovazione arrecata dal succitato editto, trovarono e professarono i giureconsulti quest'obbligo del venditore, che rispondesse al compratore del perpetuo e pacifico godimento della cosa, fatta astrazione dalla proprietà, a garantire la quale non si credea necessario che fosse tenuto: *venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* (6).

Diciamo che questa prestazione di indennità per l'evizione fu piuttosto un'imaginazione dei prudenti, che non un precetto dell'antico Diritto. E di fatto nella giurisprudenza romana accuratamente si distinse l'antico o stretto Diritto, dal nuovo che avea per base l'equità, ossia quel sentimento universale del giusto che i liberi e sapienti giureconsulti tradussero nei loro responsi, e gli imperatori in leggi positive. E per lo stretto Diritto non concedevasi siffatta indennità se non coll'azione *ex stipulatu* (7), onde si vede che se le parti non l'avessero stipulata, la legge non provvedeva. Solo fu il Diritto posteriore che concedette l'azione *ex empto* ne'giudizii *bonæ fidei* (8). Stipulava ordinariamente il compratore a titolo d'indennità la restituzione del doppio, o del triplo o del quadruplo del prezzo (9): le leggi posteriori accordarono la dupla nell'evizione di cose preziose, come le gemme e simili e nelle altre cose il *quanti interest emptoris rem non esse evictam*: cioè il valore della cosa al tempo dell'evizione (10), e gli altri danni, o spese di lite sofferte dall'espropriato (11).

(1) Leg. 18, leg. 61. Dig. *eod tit.*

(2) Leg. 1, § 3 4 e 5. Dig. *eod. tit.*

(3) Leg. 19, § 5 Dig. *eod. tit.*

(4) Leg. 62. Dig. *eod. tit.*

(5) Leg. 1, leg. 49, leg. 64, leg. 63. Dig. *eod. tit.* leg. 4, Cod. *de ædil. edicto.*

(6) In leg. 30, § 1. Dig. *de action. empt.* leg. 3, leg. 11, § 2 Dig. eod. tit. leg 38. Dig. *de verbor. signif.* leg. 57. Dig. *de evictionib.*

(7) Leg. 31, § 20, leg. 37, § 2, leg. 56, leg. 66, Dig. *de evictionib.* leg. 8, leg. 23 Cod. *de evic.*

(8) Leg. 8, leg. 60, leg. 70. Dig. *de eviction.* leg. 23. Cod. *de eviction.*

(9) *Duplæ, triplæ stipulationes*, leg. 4, leg. 37. leg. 56. leg. 6, leg. 31, § 20. Dig. *de evictionib.*

(10) Leg. 66 § 3, leg. 70. Dig. *de eviction.* leg. 23. Cod. *de eviction.*

(11) Leg. 70. Dig. *de eviction.* leg. 9, 17, 21. Cod. *de eviction.*

Ecco adunque nell' antica giurisprudenza perfettamente sviluppata la natura del contratto, sì nella forma estrinseca, che nella sua natura sostanziale. Perchè queste tre azioni, la redibitoria, la estimatoria, e quella *ex empto* ebbero un comune fondamento nel diritto dell' acquirente *ut rem habere liceat,* qual corrispettivo e rappresentante del prezzo adoperatovi. Quindi potè Vico illustrare il suo Diritto umano con questa bella degnità: che oggidì l'evizione è regina de' contratti, i quali si dicono di buona fede, e naturalmente anco non patteggiata il venditore la deve (1).

Veniamo ora alla prima delle tre eventualità pratiche superiormente assegnate al nostro esame.

3. Se il possessore ha sofferto l'evizione ossia la espropriazione del fondo in causa di ipoteche inscritte, egli ha di massima l'azione di regresso verso del suo datore. Precisa è la disposizione del § 928 del Codice civile: « pei debiti ed arretrati inerenti alla cosa si deve in ogni caso prestare l'evizione (2). »

Non diversa da questa è quella del Codice civile francese negli art. 1626 e 2178; poichè nel primo leggiamo la teorica generale, e nel secondo la deduzione speciale al possessore ipotecario. Art. 1626 « quantunque nel contratto di vendita non siasi stipulata la garanzia, il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore dall'evizione che soffre di tutta o di parte della cosa venduta, o dei pesi che si pretendono sopra la medesima, e che non furono manifestati all'atto della vendita ». Art. 2178 « il terzo possessore che ha subita la espropriazione dell'immobile ipotecato ha il regresso per essere rilevato come di ragione contro il *debitor principale* (3) ». Però quest'ultima espressione non è esatta, perchè il possessore espropriato agendo di regresso non adopera altra azione che quella *ex empto,* e quindi non può convenire altri in giudizio se non il suo datore, l'autore del suo dominio, del quale venne espropriato; e fu perciò corretta nell'art. 2297 del Codice albertino, che concesse al possessore la *ragione d'indennità verso il suo autore* (4). Contro il debitore principale non potrebbe agire se non come suo avente causa, o colla surroga nel credito dimesso, di che diremo in avanti.

Ed anche la stessa giurisprudenza francese limitò nel nostro senso la disposizione di quell'articolo: in quanto che fu giudicato dalla Corte d' ap-

(1) Vico, *scienza nuova*, lib. 2. *corollarj d' intorno ai contratti*, § VIII.

(2) Però una più esatta traduzione invece delle parole *prestare l' evizione* dovea usarsi le seguenti: *prendere in considerazione, abbonare*. Ecco il testo: *Schulden und Rückstande, welche auf der sachen, müssen stets vertreten werden.* Questa dizione è più generale; comprende il caso della vera evizione e quello altresì in cui avesse il possessore pagato il debito: come avvertiremo in appresso.

(3) Ai quali articoli corrispondono gli art. 1655-2297 Cod. albertino, art. 1472 e 2072 Cod. delle due Sicilie, art. 1442-2244 Cod. di Parma, art. 1521-2245 Cod. estense, art. 750 Cod. del Canton Ticino, art. 152 del motuproprio toscano, 2 maggio 1836

(4) Manuale forense del Cod. albert. al d. artic.

pello di Bruxelles col decreto 6 febbrajo 1808, che il possessore espropriato non può con questa azione passar oltre al suo immedialo venditore, per impetire in giudizio i precedenti venditori, quantunque l'ultimo vendilore gli avesse trasferito tutti i diritti suoi contro i precedenti (1).

E nella legge austriaca, che ricordammo colla citazione del § 928 del Codice civile, non si può di ciò far soggetto di disputa, perchè ella parlando dell'evizione non esce dai rapporti de' contraenti a titolo oneroso, e quindi de' contraenti immediati.

Se però, opiniamo, l'immediato autore fosse insolvibile, potria il possessore reagire contro i precedenti venditori, quando, liquidato il suo diritto contro di quello, avesse ottenuto cessione da esso contro di coloro, o avesse impetrata dal giudice la surroga ne' suoi diritti. Senza rappresentare il suo venditore non può convenire in giudizio il venditoro di colui coll'azione *ex empto*. L'ultimo contratto di vendita non può contenere siffatta rappresentanza efficace contro il penultimo venditore, perchè l'oggetto di quella rappresentanza, ossia della cessione, era troppo generale, vago, indeterminato, e quindi ha mestieri d'una posteriore ed apposita liquidazione e determinazione.

Questa opinione era piaciuta anche a Pomponio, ove disse: se un defunto comperata avesse da Tizio una casa, che poscia legò ad altra persona, il legatario convenuto dal padrone di essa, non può denunciare l'evizione a Tizio: *nisi cessæ ei fuerint actiones* (2).

Può accadere che l'autore immediato convenuto coll'azione di regresso, e dopo indennizzato l'espropriato, non voglia alla sua volta reagire contro il suo proprio venditore: il terzo non può quindi esercitare questo diritto prima che costui non lo manifesti nella parte sua sostanziale, che è la volontà: se egli non vuol ciò, non si può concepire d'avere un diritto, se non ipotetico, non già realmente ed effettualmente. Prima deve adunque constare che l'immediato autore voglia pur esso reagire, e solo quando manifestò questa sua volontà col cedergli il suo diritto, e la provoca coll'ottenere dal giudice la surroga, può retrocedere al penultimo venditore. Basevi pensa il contrario nel caso che il contratto di vendita contenesse la cessione di tutte le ragioni del venditore (3). Ma questa cessione intempestiva è inefficace, perchè indeterminata: e siccome ogni cessione in confronto ai terzi contiene un mandato (4), e un mandato di esigere danaro, promuovere liti, far transazioni, pel § 1008 del Codice civile deve essere speciale: così il supposto cessionario non avria in siffatta cessione generale un mandato sufficiente. Odasi invece il chiarissimo Gomezio: ***in quo resolutive dico, quod si emptor vendidit vel alienavit rem titulo oneroso, ex quo debetur evictio, et a secundo vel ulteriore empto-***

(1) Sirey, *Jurispr.* tom. 10. pag. 489.

(2) Leg. 59, Dig. *de evictionib.*

(3) Basevi, comento al § 951 n. 1, Codice civ. austr.

(4) Vedi il § LI n. 4.

re, vel particulari successore res evincitur, non potest agere immediate de evictione contra primum venditorem, vel actorem a quo illa res descendit; sed oportet, quod quilibet particularis successor denunciet suo immediato venditori vel auctori, et agat contra eum de evictione. Cujus ratio potest esse duplex. Prima, quia cum diversi sint tituli, et contractus, et similiter diversi sint contrahentes, merito ex quolibet oritur sua propria, et nova actio de evictione, quæ non potest intentari contra primum venditorem, vel auctorem, cum eum non habeat obligatum. Secunda ratio est: quia actio ex empto de evictione, quæ competit primo emptori contra primum venditorem, vel auctorem, est personalis, et de sui natura non transit active, nec passive ad particularem successorem rei, ut in l. fin. § fin. ff. de contrah. empt. Ergo ille secundus, tertius vel ulterior emptor non poterit agere contra primum venditorem (1).

L'opinione di Basevi sarebbe adottata da Gomezio, ma con questo temperamento: *ex quo deducitur et infertur quod utilissimum erit semper in istrumentis emptionis et venditionis, donationis vel alterius contractus onerosi vel lucrativi, inserere, quod venditor vel donator cedit omne jus vel actionem sibi competentem pro illa re vel occasione ejus: quia tunc virtute cessionis poterit agere de evictione contra primum venditorem vel auctorem* (2).

Ma da qual premessa avea l' illustre professore di Salamanca dedotta ed inferita questa sua conclusione? Dalla dottrina desunta dalla citata legge di Pomponio, ove si parla della cessione dell'azione dell'evizione. Odansi le sue stesse parole: *quod tamen notabiliter intellige, præterquam, si talis emptor, qui alienavit rem in particularem successorem,* CESSIT EI ACTIONEM DE EVICTIONE (3). Questa premessa piace anche a noi, ed è conforme alla lezione del § 1008 del Codice civile, ove si dice che gli affari sopraindicati richieggono un particolare mandato *che esprima la loro specie*. Se nella vendita fu detto: cedo le azioni di regresso per l'eventuale evizione, avressimo una regolare cessione o un regolare mandato, ma se si disse: cedo tutti i diritti, si concede un mandato illimitato generale, e quindi pel suddetto § invalido, perchè non si è espressa la specie del mandato. Il sig. Basevi forse non pensava a questa distinzione, nè la sua opinione, come neppur quella di Gomezio, non sono conciliabili colle teoriche del mandato.

4. Dicemmo concedere il Codice civile austriaco e tutte le legislazioni con esso il regresso per l'evizione soltanto all'acquirente a titolo oneroso, e non anche a quegli che acquistata avesse a titolo gratuito la cosa evitta; perchè il fondamento giuridico dell'azion di regresso mancherebbe a co-

(1) Gomezio, *Var. Resol.* Vol. 2, cap. 2, n. 46.

(2) Gomezio, *Var. Resol.* tom. 2, cap. 2, n. 46, in fine.

(3) Id. Ibid.

stui, come quegli che non ha interesse veruno a ricuperare un corrispettivo, un prezzo che non ha dato, e i vantaggi d'un contratto pel quale nulla arrischiava del proprio. Quindi nè il donatario, quando il donante non fosse in dolo (§ 945) (1), nè il legatario d'una cosa speciale (§ 662-686) (2) lo potriano pretendere.

Questa azione, in riguardo alle altre persone, non si può promuovere che in base al fatto della evizione, e quindi soltanto dopo l'espropriazione del fondo, o piuttosto subito dopo che col pignoramento fu il possessore privato dell'esclusivo godimento di esso. *Qui rem emit, et post possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena, vel obligata res dicatur convenire non potest* (3). Così aveano più d'una volta rescritto gli imperatori Alessandro Severo ed Antonino.

Domandasi ora cosa può chiedere il possessore espropriato dal suo autore coll'azione di regresso per l'evizione. Nel § 931 il Codice civile, alludendo al vero regresso per l'evizione, riserba al possessore il diritto dell'indennizzazione; e nel seguente § 932, aggiunge: che se l'altra parte avesse agito di mala fede, può domandarsi anche il lucro cessante. Quest'ultima disposizione quantunque destinata per le azioni *redhibitoria* e *quanti minoris*, pure è applicabile all'azione dell'evizione, prima per la parentela che ci ha tra tutte queste azioni, e poi perchè essa è in armonia colle disposizioni generali dell'indennizzazione e del pieno soddisfacimento (§§ 1323, 1324 del Codice civile).

La pubblicità del sistema ipotecario, siccome ha messo il possessore nella possibilità di conoscere i pesi ipotecarii, così ha escluso la possibilità del dolo nel suo autore, nel caso che gli avesse taciuto i pesi ipotecarii di cui era aggravato il fondo venduto. Però se le ipoteche fossero state concesse od assentite in limine alla vendita, in modo che il possessore non avesse potuto conoscerle col certificato ipotecario esibitogli della data più recente che fosse possibile, e il venditore le avesse dissimulate, potrebbe esser considerato come reo di dolo, e sarebbe quindi obbligato al pieno soddisfacimento.

Ad eccezione di questo o di simil caso, il possessore avrebbe solamente diritto all'indennità, ossia alla restituzione del prezzo del fondo tal quale l'ha comperato, non già del prezzo di stima che valeva nel tempo della espropriazione, perchè comperando conosceva la causa risolutiva inerente alle ipoteche. Epperciò non possiamo adottare l'opinione di Troplong che sostiene aver egli diritto al valore posteriore, perchè, sebbene conobbe le ipoteche, avea ragione di presumere che sarebbero state dimesse dal debitore (4). Ma ci sembra che qui si dimentichi su qual fondamento sia basato il regresso dell'evizione: l'indennità dell'acquirente, o la piena

(1) Mangil. *de evict.* quæ. 68, 69.

(2) Leg. 45, § 1. Dig. *de legatis.* 1. Mangil. *de eviction.* quæst. 63, n. 12 e segg. e quæ. 64, per tot.

(3) Leg. 3, Cod. *de eviction.* Leg. 57, leg. 74 § 2 Dig. *de evictionib.* leg. 1 in princ. Dig *de rer. permutat.* Basevi, *annotazione* al § 928, num. 3 e 4. Codice civ. austr.

(4) Troplong. *des priv. et hyp.* num. 97.

soddisfazione nel caso che il suo datore fosse in dolo. Il debitore non potè aver ingannato l'acquirente, se lo notiziò delle ipoteche esistenti: non gli è dunque tenuto per il pieno soddisfacimento. Se egli fosse costretto a pagare il prezzo attuale non presterebbe un semplice indennizzo di ciò che ha dato esso acquirente, ma il lucro cessante per causa dell'acquisto. Potrebbe poi in ogni caso pretendere direttamente dal suo autore l'abbuono delle migliorie (1), come dissimo di sopra, e le spese sostenute nella compera (2): cose tutte che entrano nella categoria dell'indennità.

Però se il possessore espropriato fosse stato coobbligato al debito iscritto, come nel caso che fosse stato fidejussore, non potria pretendere per questa azione dal debitore altro disimborso che quello dell'importo del credito, pel quale avea interceduto come fidejussore, e non già ripetere il prezzo del fondo ipotecato alla fidejussione, perchè, come fu giudicato dall'Appello veneto con sentenza 20 gennajo 1850, confermata in terza istanza colla decisione 8 ottobre 1850, il fidejussore avendo l'obbligo personale di pagare, non pagando è in colpa, e l'espropriazione fu piuttosto cagionata da questa sua colpa, che non da quella del debitore (3).

5. All'esercizio di quest'azione di regresso per la prestazione dell'evizione si esigono delle cautele e condizioni, le quali trovansi formulate nel § 931 del Codice civile austriaco. « Se il possessore vuole far uso del suo diritto di domandare che sia prestata l'evizione per una pretesa mossa da un terzo sulla cosa, deve denunziare al suo autore la lite secondo le norme stabile dal Regolamento di procedura civile. Ommettendo di farlo, egli non perde perciò il diritto d'essere tenuto indenne; ma il di lui autore può opporgli tutte le eccezioni non fatte contro il terzo, e può essere liberato dall'obbligo dell'indennizzazione, in quanto venga giudicato che in forza di quelle eccezioni, se fossero state opportunamente fatte, si sarebbe in concorso del terzo pronunziata una diversa sentenza ».

Quantunque gli antichi prammatici avessero richiesto il concorso di molte condizioni, il Codice nostro le ridusse a quella sola, fatta astrazione dalla prescrizione, della quale diremo a suo luogo.

Imperocchè cosa mai può pretendere in ultima analisi l'autore convenuto coll'azione di regresso? Null'altro ei può chiedere se non che sia anche in suo confronto ventilata e giudicata la causa dell'evizione. Se non gli fu denunciata la lite o ipotecaria o vendicatoria, la sentenza e l'espropriazione conseguente, come *res inter alios acta*, a lui terzo non può nè nuocere, nè giovare: ma la causa stessa deve riprendersi ed essere giudicata con un particolare giudizio in suo confronto: quindi nell'azione stessa di regresso egli è espressamente autorizzato dalla legge ad opporre all'espropriato quelle stesse eccezioni che avria potuto opporre all'espro-

(1) Troplong, *des priv. et hyp* n. 844.

(2) Troplong, ibid.

(3) Berotta, *Giorn. di giurispr. prat. di Venezia*, an. IV. 1851, n. 14.

priante, e se ad esse non potesse l'uno per l'altro rispondere vittoriosamente, egli n'anderebbe assolto.

Quindi, supposto che la causa dell'evizione fosse stata un'azione ipotecaria, egli potrebbe opporre tutte quelle eccezioni che esaminammo sotto il § XLVIII, sia sulla verità o liquidità del credito, sia sulla validità del titolo, sia per riguardo alla proprietà, che per riguardo alla legittimità dell'inserizione.

Ma se queste eccezioni fossero tutte superabili, o fossero state opposte dal possessore e superate dal creditore nell'ipotecaria, l'omissione della denuncia non impedirebbe per sè l'utilità del regresso. Il § 928 sopracitato modificò in questo senso il § 49 del Regolamento giudiziario: chiunque credesse aver diritto di domandare l'indennizzazione ad un terzo, nel caso che rimanesse soccombente in causa, dovrà senza ritardo denunciargli giudizialmente la lite, cioè essendo attore avanti la presentazione del libello, ed il reo avanti che sia trascorsa la metà del primo termine assegnato per la presentazione della risposta. In caso di mancanza (e questa disposizione è abrogata) non potrà egli più ricercare nè nel merito della causa, nè per le spese processuali alcuna reintegrazione. Questa deroga accenna a quel grande sistema di riforma legislativa condotta dal Codice civile sull'antico Diritto. Dappoichè il Regolamento avea conservato in questo oggetto la tradizione romana; la quale prescriveva la necessità della denuncia come preparazione indispensabile all'azione di regresso (1); ma imprudentemente diniegava ogni azione di regresso quando la denuncia fosse stata omessa, come ce ne fa testimonianza l'unico testo che abbiamo nel seguente rescritto di Alessandro Severo: *emptor fundi nisi auctori aut heredi ejus denunciaverit: evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fidejussorem ejus habet* (2). Il che non era conforme a quel principio sommo induttivo che legittima qualunque interesse appena sia conciliabile coll'altrui diritto.

Ed ancor più lungi dalla prudenza legislativa erravano gli antichi nel richiedere il concorso di molte altre condizioni oltre quella della denuncia: nel richiedere cioè che il possessore convenuto abbia dopo la denuncia proseguito regolarmente e virilmente la lite (3), che si pronunci sentenza da giudice competente (4), che dalla sentenza sfavorevole si appelli (5). Imperocchè se la lite fu denunciata all'autore, siccome questi

(1) Leg. 29, § 2, leg. 49. Dig. *de eviction.* leg. 9, leg. 21. Cod. *de evictionib.* leg. 1. Cod. *de pericul. et commod. rei venditæ.* leg. 1 Cod. *ubi in rem actio exercer.* leg. 8 Cod. *de sentent. et interlocution. om. judic.*

(2) Leg. 8 Cod. *de evictionibus.* Vedi la ragione di questa legge in Mangil. *de evict.* quæ. 3, n. 3.

(3) Per arg. dalla leg. 1 Cod. *de peric. et comm. rei. vendit.* leg. 8. Cod. *de eviction.* leg. 53 in pr. Dig. eod. Mangil. *de eviction.* quæ. 3, num. 1. Gomez. *Var. Res.* lib. 2. cap. 2, Richeri, *Jurisprudent.* tom. 10, § 1076.

(4) Mangil. *de evict.* quae. 3. n. 1, Gomezio, ibid. num. 39, in fine, n. 40. Richeri, loco citato.

(5) Mangil, *de evict.* quæ. 3, n. 1, quæ 14, n. 2-7. Gomezio, ibid. num. 39, e num. 40. Richeri, loco citato.

potea sostenerla egli stesso, così al proprio interesse dovea utilmente vegliare e provvedere. Piuttosto converremo eziandio noi in queste altre conclusioni de' prammatici: che non si debba accordare il regresso per evizione, quando: *a)* l'autore si fosse disobbligato per patto espresso dal prestargliela (1), o non fosse obbligato per legge, come nelle donazioni: però nel primo caso non varrebbe la rinuncia generale a tutte le eccezioni del contratto (§ 937 Codice civile): ma si richiede una rinuncia specialissima (§ 929 Codice civile) (2); *b)* quando il possessore avesse o transatta o compromessa la lite ad arbitri, inconscio o repugnante il denunciato autore (3); *c)* quando il possessore non fosse stato privato effettivamente del fondo in seguito alla esecuzione giudiziale, ma lo avesse abbandonato volontariamente (4): *nulla enim cogente necessitate id fecit* (5). In questi due casi non verremo già a diniegare al possessore in via assoluta il diritto di regresso, ma stando circoscritti nei termini del § 931 del Codice civile, diremo non competergli siffatto diritto, quando il suo autore, come nel caso dell'ommessa denunzia di lite, opponga tali eccezioni le quali, se fossero state fatte opportunamente contro il terzo, si sarebbe in confronto di esso pronunciata una diversa sentenza, e quindi non si sarebbe proceduto o alla volontaria o alla coattiva espropriazione.

6. Nel secondo caso pratico: se il possessore avesse pagato il debito ipotecario, poniamo per regola generale: che il possessore, che ha pagato il debito altrui inscritto sul proprio fondo, è surrogato nei diritti del creditore dimesso, e con questi reagisce contro l'originario debitore; siccome dissimo sotto il § LI ne'numeri 29-33.

Ma supponiamo che l'esercizio dei diritti acquistati colla surroga o colla cessione fossero inefficaci contro il debitore, perchè o morto senza eredità, o altrimenti insolvibile, egli avrà interesse di esercitare una qualunque azione di regresso. Or si domanda se avrebbe una simile azione nel caso che all'atto d'acquistare il fondo ipotecato, avesse ottenuto delle garanzie per l'eventuale evizione, e per la manutenzione del suo contratto d'acquisto: potrebbe egli reagire per tal modo contro i terzi detentori degli stabili ipotecati a quel suo diritto di regresso?

Se egli avesse patito l'espropriazione del fondo proprio per il debito del comune datore, potrebbe come dissimo nel caso precedente esercitare quell'azione di regresso contro il suo datore, e quindi coll'ipoteca accessoria convenire i terzi possessori. Ma se non avesse patita l'espropriazione effettiva, ed avesse soltanto pagato il debito inscritto sul proprio fondo, al fine di evitarne l'espropriazione, potrebbe egli agire per il regresso in causa d'evizione?

(1) Gomezio, ibid. num. 39. pr. in fine.
(2) Leg. 11, § 18. Dig. *de action. empti.*
(3) Leg. 56. § 1, Dig. *de evictionib.* Mangil, *de eviction.* quæ. 3, n. 1, quæ. 13, Gomez. *Var Res.* lib. 2. cap 2, n. 40.
(4) Richeri, *Jurispr.* vol. 10, § 1006.
(5) D. leg. 56, § 1, Dig. *de eviction.*

Sembrerebbe di no: perchè non ci fu una vera evizione, almeno una evizione tal quale fu definita da Azone: *evictio est emptæ rei, vel ex aliqua justa causa acceptæ, per judicis sententiam abductio : vel ut puta alio evincente causæ amissio* (1); da Eineccio: *evictio est rei emptæ ablatio, per judicem jure facta, sive res ab emptore possessa per sententiam judicis, ejusque executionem rei auferatur, sive emptore ad rem consequendam agente, reus a judice absolutus rem retineat* (2). Ed egualmente la definisce Voet: *rei nostræ quam adversarius justo titulo acquisivit per judicem facta recuperatio* (3).

Ma nel caso proposto il possessore non perdette il fondo: egli non potrebbe agire *ex empto*, e chiedere la prestazione dell'evizione, perchè gli manca quel fondamento giuridico, che dicemmo necessario a questa azione, il fatto cioè del *rem habere licere*: perciocchè egli non fu mai espropriato.

Eppure nel § 928 del vigente Codice civile si attribuisce anche nel nostro caso al possessore l'azione di regresso, colle parole: *pei debiti ed arretrati inerenti alla cosa, si deve in ogni caso prestar l'evizione.* Anzi, come avvertimmo, il testo ufficiale tedesco rende assai più agevole la affermazione della tesi proposta: in quanto che dice non già solo che pei debiti si dee prestare l'evizione; ma usa la espressione più generale: che si deve mai sempre *prendere in considerazione* o *tener calcolo* de'debiti ed arretrati inerenti alla cosa (*schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets* VERTRETEN *werden).*

E se anche si volesse prescindere dal testo unico ufficiale (4), si potrà pur sempre sostenere la proposta tesi colla teoria generale dell'evizione; quando però per teorica generale si prenda non quella massima del *rem habere licere,* ma quella più generale e superiore a questa: che cioè colui che acquista una cosa a titolo oneroso, deve avere nella cosa un'utilità costantemente eguale al prezzo. Le azioni di regresso per evizione, *redhibitoria e quanti minoris* ne sono gli argomenti acconci per attuarla. Per un vizio preesistente al contratto la cosa perisce in tutto o in parte? Per quelle due azioni il compratore ricupera o tutto o parte del prezzo e il soddisfacimento del danno (§ 932 del Codice civile). Per una causa giuridica preesistente al contratto la cosa gli viene tolta giudizialmente? Per l'azione di regresso in seguito alla vera evizione, il possessore ricupera il prezzo e l'utilità del contratto. In questi casi adunque si provvede all'indennità dell'acquirente, affinchè goda in perpetuo dell'utilità apparente del suo contratto. Goderne non può, se per una causa preesistente al medesimo la cosa gli fa difetto.

Cosa accadde nel caso proposto? Il fondo acquistato era soggetto ad

(1) Azo, *Summa Codicis de evict.* c. 1.

(2) Eineccio, *in pand. de evictionib.* § 69, per argom. dalle leg. 16, § 1, leg. 22, § 1, leg. 24, leg. 57, Dig. eod. tit.

(3) Voet, *in pand. de evictionib.* num. 1.

(4) V. Patente di promulgaz. del Cod. civ. austriaco.

anteriori ipoteche: ci avea dunque una causa preesistente di risoluzione del suo dominio. Il possessore pagò i debiti, e non sofferse l'espropriazione. Egli ha diritto al regresso, quando provi questa causa reale e preesistente.

Tuttavia per una più precisa determinazione pratica di questa conclusione dobbiamo distinguere tre specie di casi, nei quali i terzi possessori dei fondi ipotecati alla indennità del possessore nel caso di evizione, cercherebbero d'essere esonerati dall'indennità del retrocedente. Può avvenire in primo luogo che il possessore avesse pagato senza esservi costretto da alcun atto giudiziale, ma volontariamente. Può avvenire in secondo luogo che avesse pagato in seguito alla petizione ipotecaria e prima della sentenza: E da ultimo può aver pagato in seguito alla sentenza uscita in merito ad essa petizione. Nel primo caso direbbero i convenuti: ben è vero che voi avete pagato un debito che con ipoteca gravitava sul vostro fondo: ma nessuna necessità giuridica vi costringeva a ciò fare. Il creditore del nostro comune datore poteva rivolgersi altrove pel pagamento, o dovea formalmente costringervi esercitando in giudizio il proprio diritto. Voi potete ben aver acquistato da esso la cessione o la surroga nell'azion personale contro il debitore, o nelle azioni reali contro altri possessori di fondi ipotecati allo stesso credito; ma voi non potete ora agire coll'azione di regresso in causa di evizione, perchè non ci fu nè vera evizione, non essendo voi espropriato perchè voi non foste costretto a pagare dal creditore, non avendo egli promossa alcuna pretesa in giudizio; una pretesa stragiudiziale d'un terzo non può formar base d'un regresso d'evizione: perchè la legge quando parla di quelle pretese come fa nel § 931 del Codice civile suppone sempre che sia spiegata in giudizio: se ciò non fosse non vedressimo come potesse il possessore denunciar la lite, come si vuole in quella legge. Dunque possiamo esimerci dalla vostra domanda, perchè voi avete pagato *nulla cogente necessitate*.

Nel secondo o terzo caso poi opporrebbero, che avendo egli ommessa la denuncia o al debitore, o in mancanza d'esso ad essi possessori, rimane loro salvo il diritto di opporre tutte quelle eccezioni che al creditore ipotecario poteansi opporre con frutto.

La prima eccezione saria difficile a superare, se il testo della legge corrispondesse alla traduzione italiana; ma noi viddimo che ella dà indistintamente un diritto di regresso *ex empto* al possessore anche in causa dei debiti inscritti, paragonandoli a qualunque altro difetto della cosa. E la seconda eccezione poi è insuperabile del tutto, a nostro avviso. Perciocchè nel numero precedente abbiamo detto che anche nel caso di spropriazione volontaria il possessore può agire di regresso contro del venditore ed autore suo, purchè a questi sieno salve tutte le ragioni colle quali polea licenziare la domanda del creditore ipotecario. Lo stesso si dovrebbe decidere nell'ultimo caso proposto.

Il § 931 dice dell'obbligo della denuncia di lite, appunto per dare facoltà all'autore di dire le sue ragioni. Quel § allude al caso d'una pretesa giudiziale: ma non esclude il caso proposto, che il creditore avesse domandato il pagamento stragiudizialmente. Del resto non concederemo che col pagamento fatto spontaneamente dal possessore si escluda la necessità del pagamento stesso: perchè non dipendeva già da lui di non pagare, ma l'obbligo reale del fondo lo incalzava: data l'ipoteca esisteva una necessità di pagare. E il creditore che accettò il pagamento mostrò sufficientemente di voler esercitare il proprio diritto: quella necessità fu dunque messa in atto. Il possessore potea dunque reagire, come se fosse stato tratto in giudizio, od espropriato.

Ma reagendo doveasi pur provvedere all'interesse dell'autore e de'suoi aventi causa: se fosse stato tratto in giudizio dovea denunciare la lite a costoro. Però avendo omesso queste formalità, ei può tuttavia riuscire nel suo intento, quando sull'impugnative avversarie provi la verità del credito e dell'ipoteca inscritta sul proprio fondo, e il fatto dell'avere dimesso il creditore inscritto. L'azione sua di regresso deve essere accettata con questo temperamento, che egli non possa domandare una somma maggiore di quella che fu effettivamente dovuta e sborsata al creditore ipotecario: in quanto che, comprese le anteriori ipoteche, non eccedesse il valore del fondo. Perciocchè non patì altro danno che pagando: e ben s'indennizza col ricevere il rimborso di quanto ha pagato. In questo senso l'azione di regresso per evizione, od a titolo d'indenizzo che dir si voglia, si assomiglia all'azione di regresso per cessione o surroga.

7. La distinzione superiormente accennata delle due specie di azioni che competono al possessore che ha pagato il debito inscritto, cioè dell'azione di regresso per cessione o surroga, e dell'azione di regresso per evizione, ci facilita grandemente la soluzione delle seguenti ricerche.

Un legatario d'un fondo ipotecato che in seguito all'azione ipotecaria fosse stato espropriato, o avesse pagato il debito inscritto, potrà egli agire di regresso contro l'erede per la prestazione dell'evizione?

Un donatario in simil caso potrà reagire contro del donante e suoi eredi? Suppongasi che il debito ipotecario dimesso, o in seguito al quale accadde l'espropriazione, fosse stato a carico non del defunto, non del donante, ma di un terzo: potranno essi reagire colla sola azione di evizione?

No, senza dubbio, perchè l'acquirente di una cosa a titolo gratuito non ha di regola il regresso per l'evizione (1). Perocchè il § 662 del Codice civile dispone che se la cosa legata fu data a pegno o altrimenti aggravata, quegli che la riceve, assume nello stesso tempo i pesi alla medesima inerenti; e nel seguente § 686: il legatario sostiene tutti i

(1) Il dissimo nel superiore num. 4, per argomento dei §§ 922, 945 del Cod. civ. aust. V. Manzilio, *de evict.* quæ. 65, n. 12, et segg.

pesi inerenti al legato, ed anche il danno, se senza colpa altrui venisse a diminuire o anche a perire totalmente. Questa conclusione negativa varrebbe ancora quando si trattasse d'un debito personale del defunto o del donante: perciocchè il regresso per l'evizione suppone sempre che l'attore sia acquirente a titolo oneroso.

Però in questo caso si domanda: se il legatario o il donatario possano reagire colle azioni della surroga o della cessione contro l'erede del legante, o contro del donante, che fossero obbligati per la persona o per altri beni similmente ipotecati allo stesso credito dimesso.

E di subito rispondiamo che il possono: comunque la cosa sia stata oltremodo disputata nella nostra prattica forense. Che anzi fu sostenuto: essere il legatario obbligato di pagare ed estinguere il debito colla utilità della cosa legata, senza speranza di regresso coll'azione personale verso l'erede: e non solo del legatario, ma fin'anco del donatario, voltero Schuster e Winiwarter (2) che fosse obbligato personalmente e per l'azione personale, quasi avesse ricevuta la espressa delegazione di pagare il debito inscritto. Nippel (3) combatteali riducendo l'obbligazione personale del donatario entro i limiti del valore della cosa donata. Ma e l'uno e gli altri insieme andarono lungi dal vero per manco di analisi e di deduzione.

Riteniamo per opinione più plausibile quella per cui tra il legatario e donatario e qualunque altro estraneo possessore non si pone in ciò alcun divario: essi ricevettero il fondo in quella condizione giuridica che si trovava prima della morte del legante o prima della donazione: cioè col peso di una o più ipoteche; le quali davano ai terzi creditori l'azione reale sul fondo; e al fondo stesso attribuivano un'obbligazione reale, che è sempre accessoria ad un'obbligazione personale. L'obbligazione reale suppone la personale, non però la distrugge o la modifica. Il proprietario ha la proprietà del fondo, tal quale è affetta dall'ipoteca; ma la sua proprietà, quantunque sia limitata dall'ipoteca, non però assurbe l'obbligazione personale. Perchè il legatario o donatario fossero obbligati personalmente, abbisognerebbe che o avessero la rappresentanza generale del loro datore, e non l'hanno che gli eredi: o avessero avuto da lui la delegazione espressa del debito; il che è fuori della questione. La legge dei §§ 662 e 686 del Codice civile dice che il legatario assume *i pesi inerenti alla cosa legata*. Sì: egli assume il peso dell'ipoteca inerente al fondo: ma il peso in quanto è reale ed accessorio, come è reale ed accessoria l'ipoteca. Quindi può essere convenuto coll'azione reale, e con essa non è tenuta la sua persona, ma il fondo: e questo non è tenuto se non in quanto non si paga altrimenti il debito personale.

(1) Schuster, *dissertaz.* se l'acquirente d'uno stabile ipotecato sia obbligato personalmente verso i creditori. Vedilo in Nippel, *Comento* al § 445, n. 2.

(2) Nippel, loco citato, ed al § 662, n. 4.

(3) Winiwarter, al § 662 Cod. civ. aust. e Carossi, *Giurispr.* tom 16. pag 174, n. 5, pag. 181, n. 8

Neque praedictis obstat, così Mercuriale Merlino, *quod testatur videatur in dubio legare jus tantum, quod habet in re, quia... aliud est jus dominii intrinsecum rei, quod est penes defunctum: nam dominium censetur tantum legare, prout penes ipsum reperitur; aliud vero jus hypothecæ, quod consideratur distinctum a re legata et a dominio, quod est integrum penes ipsum testatorem, et est istud jus distinctum penes tertium, et prout est hypotheca, pro qua habet testator solum bona obligata, jus tamen dominii inest penes ipsum integrale: et hoc casu tota res debetur, prout possidebatur a testatore: heres autem debet eam liberare ab hypothecis* (1).

Ma non mancano i difensori di questa nostra opinione. « Noi però siamo nella credenza, scrive l'avv. Mattei (2), che le succitate autorità e decisioni si allontanino dal vero; poichè volendo anche ritenere che la parola *pesi*, adoperata nel § 662, si riferisca al peso ipotecario, non conviene darvi una estensione maggiore di quella che può presentare l'ordinario significato della parola, nè aggravare indebitamente la condizione del legatario. Se il legislatore ha voluto attribuire il nome di peso ad un'ipoteca iscritta, questo peso si limiterà sempre all'ipoteca stessa; ma siccome l'ipoteca non è che un accessorio di un'obbligazione principale, così la parola *peso* non si estenderà oltre i limiti dell'accessorio. E' conforme ai più inconcussi principii di diritto che il principale attragga ed incorpori l'accessorio, e che l'accessorio segui sempre le fasi del suo principale; ma è assolutamente contro i principii del diritto che l'accessorio possa avere la forza di attrarre e incorporare il principale, e di far subire le sue stesse fasi. Il principale nella soggetta materia altro non è che l'obbligazione personale: come l'accessorio è il pegno; ora siccome il successore a titolo singolare non succede nell' *universum jus* del defunto, e non assume la di lui rappresentanza,..... così per necessaria conseguenza sarà l'erede obbligato all'adempimento del principale, cioè al pagamento del debito, coll'onere al legatario di tener vincolata la cosa a garanzia del debito stesso, fino all'epoca convenuta pel pagamento, ed anche a nostro credere, col diritto di avere cauzione verificandosi gli estremi del § 1365 (3). »

Ed anche Basevi conviene in questa conclusione dicendo che le ragioni esposte a prò del legatario sembrano ragionevolmente prevalenti (4).

Così Ellinger non dubitò che il legatario non assumesse insieme cogli oneri reali le obbligazioni personali del testatore (5). Ambigua è l'opinione di Zeiller, ove dice: che il legatario dee assumere i pesi, nè può renderla libera che a proprie spese (6). Ma si domanda se avendola liberata, e ottenuto avesse la cessione de' diritti personali possa egli reagire contro l'erede. Ci sembra che l'affermativa sia posta fuori di dubbio.

(1) M. Merlin. *de pign.* lib. 4. tit. 5, quæ. 157, n. 5.

(2) Mattei, i §§ del Cod. civ., al § 662, n. 15.

(3) Mattei, al § 662. num. 15, 14.

(4) Basevi *annotaz. prat.* al Cod. civ. § 662, num. 3, 4.

(5) Ellinger, al § 662. Cod. civ. austriaco.

(6) Zeiller, al § 662. num. 3.

8. Data questa oscillazione nell'opinione degli scrittori austriaci, non è meraviglia se non si trova un miglior accordo nelle decisioni dei tribunali. Tuttavia errò la compilazione della gazzetta dei tribunali di Milano, ove disse (num. 46 dell'anno 1.) che fosse stato giudicato doversi ritenere a carico del legatario, come peso inerente al legato stesso, *il debito* ipotecario gravitante sull'immobile legato; nel mentre dovea giudicarsi non avere il legatario alcun diritto alla liberazione del fondo legato dalle ipoteche esistenti, prima che il creditore esercitasse in qualche modo il suo diritto. Tale era la quistione da decidere, e così fu decisa in prima istanza il 9 settembre 1848, ed in terza istanza con decisione 10 novembre 1849. Ed è ben diverso l'un caso da quello che trattiamo nell'argomento in discorso. Perchè il legatario potesse domandare la liberazione dalle ipoteche esistenti, dovrebbe avere diritto all'azione di regresso per evizione, e più ancora all'azione per prestazione di garanzia. Ma vedemmo che l'azione di regresso per evizione suppone che il possessore sia acquirente a titolo oneroso, e che sia seguita una vera evizione. E per riguardo all'azione per prestazione di garanzia, vedremo or ora come si richieda che l'acquirente sia tale per titolo oneroso, e gli sia stata guarentita la libertà del fondo. Ma il legatario non ha alcuno di questi rimedj: solo nel caso che avesse pagato il debito ipotecario, subentrato ne'diritti del creditore, può esperire le di lui azioni contro l'erede come cessionario o surrogato. Nel caso proposto non trattatavasi punto di questa emergenza. Il creditore non avea ancora domandato il pagamento: tanto meno l'aveva ottenuto: il legatario non potea quindi reagire contro l'erede, nè per la cancellazione dell'ipoteca tuttora sussistente, nè per il pagamento, perchè privo ancora delle azioni di surroga o di cessione e di evizione non gli è possibile in nessun caso di pretendere la preventiva garanzia per la futura evizione.

Negli ultimi tempi pare che sia addottata fermamente la nostra conclusione. Un tribunale di prima istanza con sentenza 25 aprile 1851. N. 5815, confermata in terza istanza con decisione 27 dicembre prossimo successivo, N. 10006 (1), avea a giudicare la seguente tesi di fatto. Si erano lasciate in legato delle gioje, che il testatore prima di morire avea impegnate al monte di pietà. L'erede volle che fosse tenuta la legataria a ricevere le polizze del monte, invece delle gioje impegnate. Il tribunale suddetto assolse la legataria per questi eccellenti motivi: osservato disporre bensì il § 662 del Codice civile col successivo § 686 che, se la cosa legata è data a pegno o altrimenti aggravata, chi la riceve assume i pesi alla medesima inerenti; ma che pel disposto dei precedenti §§ 447 e 466 ciò vuolsi intendere nel senso che la cosa legata presta la garanzia del debito, per cui fu sottoposta a pegno: non dovendo la condizione del creditore (legataria) essere resa deteriore dal volere del debitore (erede); ma non già che il legatario debba soddisfare un debito che,

(1) Riferite dalla gazzetta de' tribunali di Milano, an. 2, 1852, num. 15.

quantunque cautato con pegno, incombe all'erede di soddisfare, mentre l'erede, non il legatario rappresenta il defunto.... Osservato che talvolta il legato... come atto di liberalità, è inseparabile da una predilezione verso l' erede, epperciò nel caso contrario si risolverebbe in un atto, se non gravoso, almeno di nessun utile, ecc. »

Il tribunale d' appello con sentenza 26 luglio 1851. N. 11230, giudicò invano il contrario allegando questi motivi: *a*) la voce *pesi* ha un senso generico, come si vede adoperata nei §§ 443, 563, 606, 923 e 928 del Codice civile; quindi comprende l'obbligo personale. *b*) La legge dice: *assume*: con che allude all'assunzione del debito personale. *c*) Secondo l'opiniona contraria la disposizione de'§§ 662 e 686 riesce oziosa, perchè la legge ha già disposto nei §§ 443, 447, 461, 466. *d*) È regola generale che l' erede rappresenta il defunto ed è tenuto a suoi debiti: eccezione in questo caso: l'erede non rappresenta il defunto e non è tenuto al suoi debiti. Ottimo mezzo, diciamo noi, di mettere in evidenza la verità o l'errore d' un'opinione, si è quello di spingerla all'estremità delle conseguenze. Così ha fatto l'Appello copiando quasi all' intutto il ragionamento di Winiwarter (1). La voce *pesi* dinota anche l'obbligo personale; quando invece di addurre i §§ 443, 662, 686, 923 e 928, che parlano solo dei pesi reali, si allegano i §§ 563 e 606, ove dicesi de' pesi ereditarj e quindi personali, è facile di generalizzare il senso specifico delle parole del Legislatore. Ma a questo modo non saremo sempre sicuri d' una buona interpretazione. I §§ 662 e 686 erano i soli decisivi della lite: e in essi si parla di pesi inerenti alla cosa legata, non già alla persona del defunto. Il peso reale del pegno è ben distinto dal debito personale, e ponno coesistere in diverse persone: cioè nel debitore e nel possessore. Chè poi la legge dica che il legatario assume i pesi: soggiunge però la qualifica di *pesi inerenti alla cosa*. Assumere o prendere una cosa coi pesi, non vuol dire essere erede, divenir debitore. Che la legge stabilisca nei §§ 662 e 686 una disposizione identica con quella dei §§ 443, 447, 461 e 466, può essere; ma contengono solo una limitazione al diritto introdotto nel § 928 in pro del possessore che pagò il debito inerente alla cosa acquistata, o sofferse per esso l' evizione: limitazione necessaria, perciocchè ogni altro acquirente a titolo oneroso dee bensì pei §§ 443, 447, 461 e 466 patire l' azione ipotecaria, ma ha pure il sollievo dell' azione di regresso per evizione in virtù del suddetto § 928. Non si mancò persino di ricorrere all' abusato principio dell' eccezione che distrugge i principii elementari di diritto. Questi comandano che l'erede soddisfaccia ai debiti personali del defunto: ma l'Appello *in questo caso* dice che vi ha un'eccezione. E dove si fonda mai questa eccezione? Nei §§ 662 e 686. Ma di essi si disputa se la contengano. È dunque una pretta petizione di principio.

(1) Winiwarter al § 662. Cod. civ. aust.

Quasi contemporaneamente a questi giudicati, gli stessi tribunali giudicarono precisamente tutto il contrario di quello che aveano deciso nel caso precedente. Si trattava d'un legato d'uno stabile ipotecato, a chi dovesse spettare l'obbligo personale di pagare il debito inscritto. Il tribunale di prima istanza di Milano colla sentenza 30 dicembre 1851, N. 1386-32429, rinvenne sull'opinione contraria manifestata nell'aprile dello stesso anno, adottando quasi *ad litteram* i motivi dell'Appello lombardo che abbiamo or ora confutati: e solo soggiungendo, che la legge quando ha voluto escludere *i debiti* dal genere dei pesi, lo ha detto: come nel § 1099. Ma ivi si parla dei pesi del conduttore e dell'affittuario: e la legge eccettua non già *i debiti*, ma *i pesi ipotecarj inscritti*: e noi d'altronde non abbiamo mai detto che ne' §§ 662 e 686 il legatario andasse esente dai pesi ipotecarj. Qui ci ha dunque un equivoco. Soggiungeva altresì, che anche le leggi romane avvalorassero la sua opinione: Ma quali fossero non vediamo. Tutto al contrario nella leg. 6 Cod. *de fideicommissis* sì disse con latino chiarissimo: *prædia obligata per legatum vel fideicommissum relicta, hæres luere debet: maxime cum testator conditionem eorum non ignoravit: aut si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Si vero a creditore distracta sunt, pretium hæres exsolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur.*

E questo medesimo rescritto, che è di Alessandro Severo, fu pur trasfuso nelle Instituzioni: *Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena: ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: et ita D. Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, et hoc expresserit, non debet heres eam luere* (1). Ed abbiamo pure tra le sentenze di Paolo quest'aureo aforismo: *si res obligata creditori, cujus causam testator non ignorat, per damnationem legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem spectat* (2). Lo stesso giureconsulto avea pur indirettamente riconosciuto che il legato dello stabile ipotecato non induce nel legatario l'obbligo di assumere il debito, perchè nel caso che egli stesso fosse il creditore, lo conserva intero contro l'erede. Ecco le sue parole: *creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostendetur* (3). E finalmente Ulpiano pur conviene nella stessa dottrina, ove disse: *si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit testator eam obligatam, ab herede luenda est: nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario* (4).

Ritenevano dunque in massima i romani giureconsulti che ove il testatore avesse saputo che il fondo legato era ipotecato, l'erede dovea

(1) § 5. Institut. *de legatis*. (2. 20)
(2) Paul. *Sentent*. lib. 13, tit. 6, § 8.
(3) Leg. 85. Dig. *de legatis*. 2.
(4) Leg. 57. Dig. *de legatis*. 1.

riscattarlo. La qual dottrina è poco dissimile dalla nostra; perchè diciamo, se il testatore era lo stesso debitore personale dell'ipoteca, il legatario ha il regresso della surroga contro dell'erede: il che equivale a ciò che dicevano gli antichi: *si sciebat defunctus rem obligatam esse*: perchè è ben difficile che egli non conoscesse i fatti suoi. O il testatore non era obbligato personalmente, ed allora il legatario non ha regresso alcuno nè di evizione, nè di surroga. Questo criterio distintivo degli antichi dell'avere o non aver il testatore conosciuta l'ipoteca, era l'identico di quello che adoperarono nel caso d'un legato d'una cosa altrui: nel qual caso decidevano per la validità o invalidità del legato, secondo che il testatore sapea o non sapea che era d'altri (1). Ma questo criterio fu abolito dal Codice civile austriaco, il quale nel § 662 disse di nessun effetto il legato della cosa altrui che non appartenga nè al testatore, nè all'erede, nè al legatario incaricato di darla ad un terzo: perciocchè disse Zeiller che non si possa questo decidere se non per mezzo di presunzioni, le quali danno luogo a molti e complicati litigi (2). E tolto questo criterio ci resta quello che abbiamo proposto, se il defunto fosse o non fosse obbligato personalmente al debito inscritto sul fondo legato.

Errava dunque il tribunale di prima istanza nel voler appoggiare sull'autorità del Diritto romano quella sua opinione: e molto più perchè, avendo vista e professata la vera e contraria conclusione pochi mesi prima, ha mutato poscia parere.

Per una strana combinazione anche il tribunale d'appello lombardo mutò pure l'opinione e questa volta per il meglio, perchè colla sentenza 28 maggio 1852 N. 20338 annullò quella seconda sentenza di prima istanza, riconoscendo il diritto del legatario. Ma l'oscillazione non fu ancora sedata; perchè anche la terza istanza riformando questa sentenza, addottò l'opinione opposta a quella che avea pur essa dapprima adottata (3).

Dai tribunali veneti la stessa tesi di fatto e di diritto fu decisa in favor del legatario nella causa tra Gaetano Ronda contro Antonio Zotti e Gaetano Rida: per le conformi sentenze, 7 novembre 1851 di prima istanza, 19 febbrajo 1852 dell'Appello veneto (4) e 1 luglio successivo della Corte di giustizia e cassazione.

Così pure dai tribunali lombardi fu poscia adottata questa decisione; come si ha nella causa Pasetti contro Rotta, nella quale l'attore avea conchiuso come in azione personale. Un tribunale di prima istanza con sentenza del 30 aprile 1852 N. 2528 avea deciso, essere obbligato il le-

(1) D. § 8. Institut. *de legatis*. leg. 67. § 8. Dig. *de legatis*. 2. leg. 10, Cod. *de legatis*.

(2) Zeiller, *comento* al § 662, n. 2. Codice civile austriaco. Basevi, al d. § n. 2. Così è pur disposto all'art. 1021 del Codice civile francese.

(3) Gazzetta de' tribunali di Milano an. 2, 1852, num. 12, 52, 99, ove cita pure una decisione 10 novembre 1849 n. 2248 del Senato lomb. ven. in danno del legatario.

(4) Gazzetta de' trib. di Milano an. 2 n. 69; Giorn. di giurispr. pratic. di Venezia, an. 5. 1852, num. 25, 24.

gatario a pagare il debito inscritto come debitor personale, però soltanto fino alla concorrenza del valor del fondo. Opinione che crediamo aver bastantemente combattuta nella confutazione di Nippel.

L'Appello lombardo con sentenza 6 agosto 1852 N. 8107, assolse il legatario dall'azione personale, e fece riserva al creditore di agire coll'azione ipotecaria. Colla quale savia decisione persisteva nell'opinione abbracciata nell'altra causa superiormente riferita, e da lui decisa il maggio precedente, e coi medesimi motivi, che significavano press' a poco così: nel conchiuso l'azione promossa era semplicemente personale; ma il legatario non è tenuto ai debiti personali del defunto: solamente l'erede vi è tenuto: §§ 481, 542, 547 e 801 Codice civile. Il legatario assume i pesi inerenti al legato: §§ 662, 686; ma questi pesi non possono essere che gli ipotecarj, non i personali. La legge distingue gli uni dagli altri ne' §§ 812, 666 e 785. Il legatario assume i pesi inscritti come li assumerebbe qualunque altro terzo possessore: e pagato che avesse il debito inscritto, avrebbe l'azion di regresso (per la surroga, non già per l'evizione) contro dell'erede: così come avrebbe salvo il suo credito personale esperibile contro l'erede, nel caso che avesse avuto in legato il fondo ipotecato ad esso.

E la suprema Corte di giustizia e cassazione colla decisione 23 novembre 1852, N. 12622, confermava questa buona decisione (1).

E la nostra tesi trovossi indirettamente confermata nella causa agitata tra il celebre abate Rosmini, rappresentante una comunità di Domodossola quale legataria, contro l'erede del conte Mellerio: in quanto che fu bensì assolto l'erede dall'obbligo di pagare un debito ipotecario inerente allo stabile legato: ma per la ragione suggerita dalla espressa volontà del testatore, sentenza 14 febbrajo 1854 del tribunale provinciale di Milano (2).

Per ciò ebbe a conchiudere Basevi: che le ultime decisioni supreme sembrano preponderanti, e se alcuna di quelle fosse stata emanata in occasione che il creditore si fosse diretto contro il legatario in azione personale e non in azione reale come terzo possessore, ciò stesso manifesterebbe, che la Corte suprema ritenne che in azione personale fosse obbligato l'erede: per cui resterebbe sempre salvo al legatario del fondo obbligato il regresso contro di lui (3).

9. L'Appello lombardo in ambedue i casi, ove ebbe a decidere in prò del legatario, avea suffragata la sua opinione dell'autorità del Diritto romano e del francese. Del primo già parlammo. Or vediamo del secondo e della restante legislazione moderna. Nel Codice civile francese si decide nettamente la quistione proposta. Art. 871... il legatario a titolo particolare non è tenuto ai debiti e pesi creditarii, salva però l'azione ipoteca

(1) Gazzetta de' tribunali di Milano an. 3, 1853, num. 11. Giornale di giurispr. pratica di Venezia an. 6, 1853, num. 3.

(2) Gazzetta de' trib. di Milano an. IV, 1854, n. 82, 83.

(3) Basevi, al § 662, n. 4. Cod. civ. aust.

ria sul fondo legato (1). Art. 874: il legatario particolare, che ha estinto il debito di cui era aggravato il fondo legato, entra nelle ragioni del creditore contro gli eredi e successori a titolo universale (2).

Queste disposizioni non possono essere nè più esatte, nè più esplicite.

Però gli avversarii dell'opinione raccomandata sogliono opporre un argomento contrario dell'art. 1020 dello stesso Codice francese; ove si legge: se prima o dopo il testamento la cosa legata è stata ipotecata per un debito dell'eredità, o anche per il debito di un terzo, o se è stata gravata d'un usufrutto, quegli che deve soddisfare il legato, non è tenuto a renderla libera, quando non ne sia stato incaricato dal testatore con un'espressa disposizione (3).

Tuttavia osserviamo che questa legge non oppone ostacolo di sorta, perchè è affatto estranea alla proposta ricerca. Ella si riferisce al terzo caso pratico che ora veniamo ad esaminare, al caso cioè che il possessore volesse premunirsi degli effetti futuri d'una ipoteca non per anco esercitata. Il legatario, come il più delle volte l'acquirente a titolo oneroso, non può pretendere che l'erede purghi il fondo legato dalle ipoteche che vi scopre inscritte: egli deve ritenerle finchè piaccia al creditore di esercitarle, o finchè, dopo che fosse scaduto il credito, avesse egli diritto di dimetterlo, per potere poscia colla surroga reagire pel pagamento contro l'erede, secondo che espressamente gliene accordano il diritto gli articoli 881 e 874 dello stesso Codice francese (4).

10. In fine del presente nostro § scrivemmo, che il datore in mancanza di patto espresso non è tenuto a garantire il possessore de' futuri effetti delle ipoteche esistenti, se non nel caso che avesse promesso che il fondo fosse libero. Col che alludemmo al terzo dei casi pratici che ci siamo proposti da esaminare: quando cioè interessasse al possessore di premunirsi contro delle ipoteche inscritte sul proprio fondo, prima che venissero esercitate dai creditori.

A proteggere questo interesse si concede al possessore talvolta l'azione di regresso per garanzia. Però si deve ben precisare la differenza notabilissima che intercede tra questa e le altre due azioni di regresso, di cui sopra dicemmo: cioè dell'evizione e della surroga; perchè è facile il confondere l'azione di regresso per evizione coll'azione di regresso per ga-

(1) A quell'art. corrispondono esattamente l'art. 792 del Cod. siciliano, l'art. 1057 del Cod. parmense l'art. 1104 del Cod. albertino.

(2) A quell'art. corrispondono esattamente l'art. 974 del Cod. Siciliano, l'art. 1057 ,del Cod. parmense, l'art. 814 del Cod. ticinese, art. 1104 del Cod. albertino.

(3) A quell' art. corrispondono gli art. 974, del Cod. siciliano, art. 859 del Cod. albertino, art. 815 del Cod. parmense, art. 773 del Cod. modenese. Contraria è la disposizione dell'art. 382 del Cod. ticinese.

(4) Mattei, al § 662, n. 10, ove cita Merlin, *Repert.* V. *legataire*, § 7, art. 2, n, 4. Grenier, *donation*. tom. 2, pag. 1078. Toullier, *droit, civ.* lib. 3, tit. 2. n. 538. Duranton, *droit civ.* tom. 21, num. 282.

ranzia (1), o non distinguere l'azione di regresso per l'evizione da quella proveniente dalla surroga. Così nell'art. 2178 del Codice civile francese si dice: il terzo possessore che ha pagato il debito ipotecario, o rilasciato l'immobile, o subita l'espropriazione del medesimo *a le recours en garantie.*

Ma ognun vede come sia assai più proprio che il diritto d'indennizzazione e del regresso d'evizione o di surroga sia ben distinto dal diritto ad essere garantito ed assicurato contro gli effetti eventuali e futuri d'un'ipoteca non ancora messa in esercizio. Imperocchè nei primi due casi si suppone che il possessore abbia patito un danno effettivo sia per l'espropriazione esecutiva, sia per la dimissione dei creditori: nel terzo caso si suppone la mera possibilità d'un danno futuro ed eventuale. E se nei primi due casi è facile il concedere il regresso al possessore, non è così agevole nel terzo, o per lo meno fa mestieri di distinguere la specialità dei rapporti che si suppongono. Ma v'ha ancora un'altra differenza, che del danno dato e patito si può ben chiedere l'indennizzazione, e del danno temuto ed eventuale, che può avvenire e non avvenire, si può solo o chiedere la rimozione della causa colla cancellazione delle ipoteche, o domandare una cauzione per evitarne i contingibili effetti.

Ritenuto questo significato specifico di questa azione di regresso, vediamo in quali casi ed in quali modi si possa ottenere.

Un acquirente a titolo gratuito, a meno d'un patto espresso, o dell'espressa volontà del defunto nel caso d'un legato, non potrebbe mai ottenere alcuna garanzia per le ipoteche di cui trovasse affetto lo stabile donato o legato; perchè, siccome il donante o l'erede del testatore non sarieno mai tenuti del regresso per la effettiva evizione, come dissimo, tanto meno dovranno prestarsi ad una preventiva assicurazione d'un obbligo che non sarebbero giammai per incontrare. Ed è in questo senso che ricevemmo superiormente la disposizione dell'art. 1020 del Codice civile francese.

Ed anche nel caso d'un acquisto a titolo oneroso, non sempre il possessore ha diritto a questa previa garanzia, se non in due occasioni: o di patto espresso, o d'una promessa generica che il fondo fosse libero da ipoteche.

Nel primo caso non occorre disputazione alcuna, perchè il contratto è legge fra i contraenti. Frequentissime erano per lo passato queste convenzioni, e necessarie alla sicurezza degli acquisti, perchè tutte le ipoteche essendo occulte, la quiete dei possessori, che non avessero comperato alle pubbliche gride, correa sempre pericolo di turbamento. Questi patti si confortavano con apposite ipoteche che si chiamavano per l'oggetto loro, cioè per la *manutenzione* dell'acquisto: ipoteche che in numero grande imbarazzano gli odierni registri ipotecarii. Essi non sono però spogli

(1) Adoperò la stessa frase Grenier, *hypotheq.* num. 330.

d'alcuna pratica utilità pure ai nostri giorni, perchè qualunque compratore, per l'imperfetto sistema ipotecario che ci regge, non è mai abbastanza certo di conoscere tutte le ipoteche inscritte sopra antichi possessori, o nella vigilia o nel giorno stesso del suo acquisto (1).

Nel secondo caso avrebbe il possessore a fondamento giuridico del suo interesse il dolo del promissore o l'obbligo suo in genere di prestare la qualità attribuita alla cosa venduta, giusta i principii delle azioni redibitorie ed estimatorie. Per il che riescono di tutta attualità le disposizioni contenute nei §§ 921, 922, 923 e 928 del Codice civile (2). Per le quali leggi fu concordemente giudicato nei casi seguenti.

I fratelli Rida vendettero a Bernardo Cori degli stabili per un prezzo da pagarsi a rate differenti. Però convennero che all'atto del pagamento della prima rata i venditori dovessero giustificare la libertà dalle ipoteche. Nol fecero, e chiedendo il pagamento delle ratè seguenti furono inesauditi: sentenze conformi 27 dicembre 1853 di prima istanza, e 27 dicembre 1854 della suprema Corte di giustizia (3).

Così fu giudicato, che il venditore che avea promessa la libertà del fondo dovesse restituire il prezzo e prestare l'indennizzazióne al compratore, nel caso che il creditore ipotecario avesse ottenuto contro costui una condanna di pagamento: sentenza dell'Appello lombardo 21 maggio 1853, in riforma della sentenza di prima istanza 31 dicembre 1852 (4).

Un venditore avea detto nel contratto, che lo stabile venduto fosse libero da ipoteche. Da ciò inferiva il tribunale civile di prima istanza di Milano che il compratore avesse implicitamente richiesta nel contratto la libertà di quelle ipoteche che vi scoperse dappoi, e delle quali domandò la cancellazione in un termine da prefinirsi. Argomentavasi poi, per avvalorare quel patto, dalla disposizione del § 928 che abbiamo allegato. E la sua sentenza 2 luglio 1851 ottenne la conferma dall'Appello lombardo colla sentenza 10 ottobre 1851 (5).

Questo rimedio assicurativo non si concede in altri casi, stante la pubblicità dell'odierno sistema ipotecario: perchè si può dire che l'acquirente, se all'atto dell'acquisto avesse avuto una sufficiente cognizione delle ipoteche inscritte, si è posto volontariamente nella condizione in cui si trova; e se non le ha conosciute, e non ha esaminati i registri ipotecarj che

(1) Come dissimo nel § XIII, num. 8.

(2) Basevi, al § 928, num. 3. Cod. civ. aust.

(3) Gazzetta dei tribunali di Milano, anno 5, 1855, num. 18 e 19.

(4) Gazzetta dei tribunali di Milano an. 4. 1854, num. 14.

(5) Gazzetta dei tribunali di Milano, anno 5, 1855, num. 99 e 100; dove si riporta un caso consimile giudicato da due sentenze contrarie, e che fu poscia transatto; e si fa menzione di quest'altro giudicato, che in massima il compratore ha diritto alla libertà del fondo quando fu promessa; però non potrebbe di suo capo, anche sopra rifiuto del venditore in via privata, sostituire col proprio altra cauzioni, a chiederne il disimborso al venditore: perocchè questi non dove essere pregiudicato circa l'entità dell'ipoteca ch'egli dovea cancellare: sentenze conformi del trib. civ. di Bergamo, 25 feb. 1855, e dell'Appello lomb., 30 giugno successivo.

le appalesavano, deve sopportare le conseguenze della sua negligenza: tanto più che per legge egli dovea farsi carico delle inscrizioni apparenti dai suddetti registri, per ciò che dissimo nel § XLVIII. Per queste ragioni dobbiamo allontanarci dalla tradizione antica, per la quale si nel caso che il venditore avesse promessa la libertà del fondo (1), come in quello che nulla avesse detto, potea il compratore addomandare la luizione del fondo dalle ipoteche scopertevi dappoi (2): *ratio improvvisi oneris habetur* (3).

Però quella conclusione nitidissima a sensi di legge non va esente da qualche limitazione. Il § 928 del Codice civile dice senz'altro che « se i difetti di una cosa sono evidenti, e se i pesi ad essa inerenti possono conoscersi dai pubblici libri, non vi ha luogo *alla prestazione della garanzia* (4), a meno che non siasi espressamente promesso che la cosa fosse senza difetti e senza pesi ». Ma il nostro sistema ipotecario, come dissimo testè, non può impedire che talvolta il compratore sia preso a gabbo dal venditore con ipoteche non apparenti da un certificato di data recentissima. E la legge stessa, comunque alluda al più perfetto sistema tavolare lascia supporre questo inganno di fatto, colte parole, *se i pesi possono conoscersi,* e non impedisce quindi la contraria conclusione nel caso che l'acquirente non avesse potuto conoscere le ultime inscrizioni. In questo caso concorrerebbe eziandio il dolo, di che potrebbe essere tacciato, e quindi respinto il venditore.

(1) Leg. 22. Cod. *de evictionib.*

(2) Leg. 5. Cod. *de evictionib.* leg. 52, § 1. Dig. *de action empti.*

(3) Leg. 41. Dig. *de action. empti.*

(4) Queste ultime parole sono più esatte che non quelle della traduzione officiale che dice: *prestazione* dell'evizione; perchè il testo tedesco dice *Gewährleistung*, che significa appunto prestazione di garanzia.

CAPO TERZO

DEL GIUDIZIO D'ORDINE E DEL CONCORSO.

§ LXVII.

Nel caso di delibera od assegno esecutivo di un fondo, il cui prezzo è superato dal valore delle ipoteche inscritte, potrà l'aquirente, o chiunque altro avente interesse, presentare alla competente prima istanza il libello per la citazione dei creditori inscritti ad insinuare tutti i loro titoli di privilegio e di ipoteca, che gravitassero sul fondo medesimo.

Arg. dai §§ 4 e 12 della sovrana Risoluzione 31 *luglio* 1820, *dal* § 4 *della Notificazione governativa lombarda* 10 *agosto* 1828, *e dal* § 31 *della Norma di giurisdizione* 20 *novembre* 1852.

SOMMARIO.

1. Dei rapporti che rimangono dopo venduto il fondo tra i creditori e l'aquirente, e della procedura necessaria per sistemarli.
2. Critica delle leggi antiche e moderne che ammisero la purgazione forzata dalle ipoteche in seguito alle alienazioni volontarie.
3. Metodi francesi ed italiani per questa purgazione.
4. Successive leggi austriache, sovrana Risoluzione 31 luglio 1820.
5. Comento alla suddetta legge colle successive leggi austriache.
6. Deduzione pratica, chi possa chiedere, e a quale istanza la convocazione dei creditori.

1. Eccoci pervenuti all'ultimo ordine de'rapporti che possono esistere tra i creditori ipotecarj d'uno stesso fondo, e tra di essi e l'acquirente in seguito alla procedura esecutiva. Venduto il fondo (§ LXI) od assegnatolo giudizialmente *pro solvendo* a un creditore (§ LXII), concorrono da una parte tutti i creditori inscritti su di esso onde provvedere alla soddisfazione od alla conservazione de'loro crediti: e dall'altra parte l'aquirente veglia di non incontrare obbligazioni maggiori di quelle che apparivagli d'assumere nella delibera o nell'assegno giudiziale. Sollecita egli la ricognizione o la liquidazione delle ipoteche esistenti sul fondo

acquistato, dimette o conserva quelle che col prezzo possono essere tacitate, depenna quelle altre che o non hanno valore giuridico, o pel grado temporale non meritano alcuna considerazione. Ma per agire in tal modo bisogna che distingua due eventualità diverse: o cioè il prezzo della aggiudicazione basta a soddisfare tutte le ipoteche inscritte, e in questo caso non ci ha bisogno di alcuna speciale provvidenza legislativa: la vendita giudiziale non produrrebbe alterazione alcuna su di quelle, come non ne produce la vendita privata; ovvero il prezzo del fondo non basta a tutte le ipoteche inscritte, ed allora nasce una contrarietà d' interessi tra i creditori e tra di essi e l'acquirente, che rende necessario l' intervento della legge civile e le funzioni de' giudizii per comporla o discioglierla. Però la varietà de' sistemi legislativi, e delle opinioni de' giureconsulti in questa bisogna, e la utilità pratica di trovare una giusta valutazione di ciascuno di questi interessi repugnanti, ci consiglia ad esibirne i tratti più generali e caratteristici nella storia comparata delle legislazioni: tanto più che l'austriaca con graduate modificazioni ha in queste provincie trasformato, e condotto alla semplicità attuale i diversi metodi processuali dapprima vigenti e adoperati altrove. Di tal maniera discorrendo su questo svolgimento istorico, troveremo onde meglio apprezzarne la ragione legislativa, e ben intendere l'importanza pratica di non antiche procedure i cui effetti si conservano tuttodì negli affari della corrente pratica forese.

2. Vedemmo più volte come il Diritto romano esclusivamente proteggesse la vendita del creditore più anziano senza riguardo alla concorrenza degli altri creditori, ad eccezione del *jus offerendi*, e dell' altro beneficio per cui fu stabilito che nella vendita giudiziale, se il creditore anziano avesse avuto cognizione della vendita medesima provocata da un susseguente creditore, e fosse stato invitato a parteciparvi, e non si fosse arreso, doveasi presumere come avesse rinunciato al suo diritto: *si eo tempore, quo prædium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum præsentes essent, jus suum executi non sunt: possunt videri obligationem pignoris amisisse* (1). Questo rescritto non introduceva veramente un diritto nuovo, ma solo discerneva un fatto di tacita rinuncia al pegno *(programmate admoniti creditores, cum præsentes essent)*. Se non si fossero trovati presenti, e non avessero avuto notizia della vendita, non poteasi presumere la rinuncia: nel che, vedremo più distesamente sotto il § LXXXI, gli antichi faceano gran fondamento (1).

Però volendo la giurisprudenza del medio evo allargare l'applicazione delle leggi antiche, onde meglio proteggere i creditori posteriori, e difendere gli acquirenti dei fondi, contro le ipoteche occulte che li opprimevano, trassero partito di quel rescritto onde imaginare e colorire col-

(1) Leg. 6, Cod. *de remiss. pignor.*

(2) Ed in questo non sottoscriviamo a ciò che scrisse in contrario Troplong, *des priv. et hyp.* n. 905.

l'autorità della tradizione i giudizii delle gride: ossia quei metodi più o meno uniformi di ottenere la purgazione dalle ipoteche tutte de' fondi, tanto nel caso delle vendite giudiziali, che in quello delle private alienazioni.

Già accennammo nell'Introduzione da qual tempo remoto si fossero sistemati ed estesi a pratica universale ne' paesi del Diritto scritto e consuetudinario. Ed ivi pure accusammo quell'alta fatalità legislativa per cui, moltiplicandosi coll'una mano le ipoteche occulte e generali, coll'altra affrettavasi a spazzarle ognivolta che il fondo aggravato mutava padrone: per l'una s'era fatta l'ipoteca d'un uso così volgare e inavvertito che s'identificava quasi coll'obbligazione personale: per l'altra perdeva la sua efficacia reale, non potendo sopravivere e transitare nel successor singolare. Tuttavia la purgazione forzata era reclamata come unico e salutare rimedio affine di liberare la proprietà stabile, e ridonarle quel valore giuridico e quella diuturnità di godimento, che a preferenza d'ogni altro diritto le si compete. Ad essa si sacrificavano le ipoteche che non si appalesano dopo l'invito delle pubbliche gride; ma questo sacrificio era piuttosto un'espiazione de' vizii organici del sistema ipotecario, che lasciava occulte tutte le ipoteche, che non una maniera impronta e violenta di semplificare i litigi.

Per la stessa ragione conservarono lo stesso provvedimento quelle moderne legislazioni italiane che lasciarono sussistere in tutto o in parte le ipoteche secrete: quali sono quelle di Francia (1) e delle Due Sicilie (2) ed anche in quelle di Romagna, Toscana, Piemonte, dei ducati di Parma e Piacenza e di Modena e del Canton Ticino, le quali tuttavia non tollerarono del tutto ipoteche occulte (3).

È però da osservare che in quelle procedure non si provvede soltanto a far manifesto all'acquirente il numero e la portata delle ipoteche occulte del fondo, e quindi a far caducare e sopprimere le ipoteche non palesate nel giudizio promosso (4); ma si autorizza l'acquirente per titolo volontario o per compera giudiziale a purgare il medesimo da tutte ipoteche (5), sebbene il prezzo dell'acquisto bastasse al pagamento o alla garanzia di tutte (6). Noi non possiamo tacere sulla gravità degli inconvenienti cagionati da queste misure legislative, perchè se nell'occultezza

(1) V. Introduzione, num. XX e XXI.

(2) V. Introduzione, num. XXVI.

(3) V. Introduzione, num. XXVI e XXVII.

(4) Art. 2193-2195. Cod. Napoleone a quali corrispondono gli art. 2095-2096 del Cod. civ. siciliano.

(5) Art. 2181-2192 del Cod. Napoleone, ai quali corrispondono gli art. 2075-2090 del Cod. civ. siciliano, art. 2219-2253 del Cod. civ. parmense, art. 2303-2319 del Cod. albertino, art. 1227-1235 del Cod. ticinese, art. 204-219 del Regol. gregoriano, art. 151-169 del motuproprio toscano, art. 2222-2253 del Cod. civ. estense.

(6) Come si ha negli art. 749 e 775 del Cod. francese di procedura, nei quali il giudizio d'ordine deve aprirsi ogni volta che ci hanno tre creditori inscritti, Tarrible, *Repert. V. Transcrip.* pag. 150. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 958. ter. Quindi l'acquirente può molestare i creditori quando gli aggrada, e con procedura senza fine protrarre il pagamento del prezzo.

delle ipoteche era necessario di trovare un modo di renderle palese, conosciute che fossero non c'era poi bisogno di rompere i patti e violare i diritti del creditori, prima della scadenza loro: non era necessario di aprire un siffatto giudizio per coordinare le ipoteche tutte secondo la loro priorità, quando il prezzo del fondo fosse stato bastevole a tutte. E per contrario raccomanderemo l'assennatezza della legge austriaca, la quale non avendo tollerata alcuna ipoteca non inscritta, non ebbe poi bisogno di quel giudizio d'insinuazione e di cognizione. E quando ella s'accinse colle riforme del 1826 ad emendare l'occultezza del sistema ipotecario italico, come vedremo dappoi, ella non tollerò che si facesse luogo alla purgazione forzata nemmanco nelle vendite giudiziarie, nel caso che il prezzo bastasse alla garanzia delle ipoteche inscritte; perciocchè non essendoci allora alcuna contraddizione e ripugnanza d'interessi tra i creditori e l'acquirente, la legge deve astenersi, lasciando ad essi la cura di regolare i rispettivi interessi. L'acquirente può lasciarle o dimetterle in ogni tempo, avendo a sua disposizione col prezzo i mezzi di farlo. Nè accederemo alle rimostranze di qualche nostro comentatore che sollecita il Legislatore onde provveda all'indennità dell'acquirente *per titolo volontario* (1); perciocchè quella ragione, che alleghiamo, crediamo che basti ad escludere l'introduzione di siffatta procedura, costosissima, difficile e pericolosa. E se anche ci imaginassimo una proprietà che fosse aggravata sopra il suo valore e il prezzo per cui fu acquistata, risponderessimo con questo dilemma. O il debitore intende e può pagare regolarmente gli interessi dei capitali inscritti, ed allora i creditori non si muovono, e forse il debitore è in grado tale di non aver bisogno d'alienare il fondo ipotecato per far danaro. O ha questo bisogno, siccome vendendo un fondo ipotecato oltre misura nessuno vorrebbe secondo il nostro sistema arrischiare il prezzo esborsandoglielo, ed allora bisognerà che il debitore medesimo o si risolvesse di pagare i suoi debiti colle restanti sue facoltà, o sospenda il pagamento degli interessi, e i creditori verranno senza dubbio all'esecuzione del fondo: ed in questa il fondo si venderà, e si purgherà dalle ipoteche eccedenti il prezzo della delibera. Egli è pur certo che in qualunque caso al debitore non può essere lecito di liberare il suo fondo in altro modo che col pagamento de' crediti inscritti: e d'altra parte al terzo acquirente non può interessare altro che di non pagare più di quello che ha promesso nel suo contratto. Ma nè l'uno nè l'altro ponno avere facoltà di alterare i diritti dei creditori, nè di darvi una iniziativa contraria al loro volere: perchè, eccetto nel caso di una prevalente utilità pubblica, nessuno può esercitare il diritto altrui: nessuno può essere provocato a portare in giudizio le sue ragioni, se non per una necessità giuridica che sia sopra ogni dubbio dimostrata. E l'acquirente stesso non può allegare alcuna ragione speciale a proprio favore;

(1) Basevi, *Annotaz.* al § 470, num 1, e al § 1369 num. 1, del Codice civile austriaco.

perchè comperando privatamente un fondo ipotecato in tale guisa, ha acquistato una proprietà piuttosto illusoria che reale: come quella della quale s'era già virtualmente spogliato il debitore colla concessione di tante ipoteche che ne assorbono o superano il valore. Il debitore conservava il godimento del fondo, finchè fosse piaciuto ai creditori di lasciare inesercitati i loro diritti. Questo godimento fu trasferito all'acquirente colla possibilità lontana che il fondo fosse liberato: ma egli non acquistò diritti maggiori di quelli che potea arrogarsi il suo datore. Nè varrebbero a vincere queste nettissime emergenze di diritto le considerazioni pratiche, che si traessero nell'interesse della libertà, e della proprietà degli acquisti fondiarii, perchè mostrammo or ora come la proprietà si può sufficientemente purgare nell'occasione quasi inevitabile delle vendite giudiziali; per le quali basta appena che l'uno de' creditori inscritti non venga soddisfatto degli interessi, perchè tosto o tardi la solleciti. Ma fuori di questo caso non vediamo come si possa concedere questa iniziativa all'acquirente o al debitore. In ogni caso poi l'opinione contraria deve essere temperata e determinata dallo spettacolo delle grandi spese, de' litigi e delle cure, che aggraverebbero la proprietà fondiaria, quando per legge fosse permesso all'acquirente di purgare il fondo; chè tutti vorrebbero non intralasciarla: un esagerato bisogno di sicurezza ve li spingerebbe e la proprietà fondiaria certo non avvantaggierebbe da questo immane tributo all'esagerata importanza delle sottigliezze foresi.

3. Avuto riguardo alle disposizioni delle leggi vigenti austriache, sarebbe inutile che noi ne parlassimo più a lungo. Pur dicemmo che interessa alla pratica odierna di conoscere i metodi praticati dalle estere legislazioni per rettamente giudicare di conseguenze che tuttodì sussistono negli affari privati.

Dopo la legislazione statutaria di Milano e delle altre città e provincie del Regno (1) succedette la legislazione italica, copia fedele della francese; e fu questa materia regolata dai capi VIII e IX, titolo XVIII, libro III del Codice Napoleone, e trasfusa nel Regolamento 19 aprile 1806.

Era per essa fatta abilità al terzo possessore in genere di liberare dalle ipoteche e dai privilegi il fondo o diritto reale acquistato; al qual fine dovea egli far trascrivere per intero il contratto d'acquisto presso il Conservatore delle ipoteche, nel cui circondario i beni si trovavano, e sopra un registro destinato a tal effetto (2). Se il nuovo proprietario

(1) Giudicato che il giudizio dello grido portato dalle costituzioni milanesi si mantenne anche dopo la variazione del sistema giudiziario introdotto nel 1786; come fu dichiarato cogli avvisi dell'Appello lomb. 22 agosto e 7 settembre dello stesso anno: sentenza 14 giugno 1850 del tribunale di Milano Gazzetta dei trib. di Milano, an. 1. num. 22

(2) Art. 2181, Cod. Napoleone. Ad essi corrispondono i seguenti: art. 2075 Cod. civ. siciliano; art. 2219, Cod. civ. parmense; art. 2305, Cod albertino: art. 201-206, Regol. gre-

volea garantirsi dai procedimenti esecutivi de' creditori inscritti, era tenuto, prima che fosse promossa l'istanza di questi, o dentro un mese al più tardi (1) da computarsi dalla prima fattagli intimazione, di notificare ai creditori nel domicilio da essi eletto nelle loro iscrizioni, 1. l'estratto del suo documento contenente soltanto la data e la qualità dell'atto, il nome e l'indicazione precisa del venditore o del donante, la natura e la situazione della cosa venduta o donata, e trattandosi di un corpo di beni la sola denominazione generale della tenuta o dei distretti in cui si trova situata, il prezzo ed i carichi formanti parte del prezzo della vendita, o la valutazione della cosa se questa è stata donata; 2. l'estratto della trascrizione dell'atto di vendita; 3. una tabella in tre colonne, la prima delle quali contenesse la data delle ipoteche e quella delle iscrizioni, la seconda il nome dei creditori e la terza l'ammontare dei crediti inscritti (2).

Se il titolo dell'acquisto comprendesse mobili ed immobili, gli uni ipotecati, gli altri liberi, situati o nello stesso o in diversi circondarii degli ufficii, alienati per un solo o medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascun immobile assoggettato a particolari e separate inscrizioni dovea essere dichiarato nella notificazione del nuovo proprietario, mediante una stima, se vi fosse luogo, ragguagliata sul prezzo totale espresso nel titolo (3).

L'acquirente o donatario dovea dichiarare col medesimo atto d'essere pronto a soddisfare immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecarii, sino alla concorrenza soltanto del prezzo, senza distinzione dei debiti esigibili o non esigibili (4). Nei quaranta giorni successivi a questa notificazione qualunque creditore inscritto potea chiedere che l'immobile fosse posto all'incanto ed alle pubbliche aggiudicazioni, significando tale richiesta al proprietario o al debitor principale, offerendo d'accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo al di sopra di quello che sarà stato stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario, ed offerendo pure di dare cauzione fino alla concorrenza del prezzo e dei carichi (5).

Omettendo i creditori di domandare l'incanto nel termine e nelle forme prescritte, il valore dell'immobile restava definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario, il

goriano; art. 131, motuproprio toscano; art. 2222, Cod. civ. modenese.

(1) Questo e gli altri termini variano presso alcune legislazioni italiane, come si può vedere ai rispettivi articoli che citiamo.

(2) Art. 2183, Cod. Napoleone; art. 2082, Cod. civ. siciliano; art. 2221, Cod. civ. parmense; art. 2304-2306, Cod. albertino; art. 208, Regol. pontificio; art. 152-154, e 158, motuproprio toscano; art. 2222, Codice civ. modenese.

(3) Art. 2192, Cod. Napoleone, art. 2092, Cod. civ. siciliano; art. 2233, Cod. civ. parmense; art. 2319, Cod. albertino; art. 167, motuproprio toscano; art. 2232, Cod. estense.

(4) Art. 2184, Cod. Napoleone; art. 2083, Cod. civ. siciliano; art. 2222, Cod. civ. parmense; art. 2307, Cod. albertino; art. 207, Regol. gregoriano; art. 152-155, motuproprio toscano; art. 2222, Cod. estense.

(5) Art. 2185, Cod. Napoleone; art. 2084, Cod. civ. siciliano; art. 2224, e 2225 Cod. civ. parmense, che estende questo beneficio anche ai creditori non iscritti sotto certe condizioni, art. 2308-2301, Cod. albertino; art. 209, Reg. gregoriano; art. 159, motuproprio toscano; art. 2225, Cod. estense.

quale, o pagando il detto prezzo ai creditori che fossero nel grado d'essere soddisfatti, o facendone deposito, restava liberato in conseguenza da ogni privilegio ed ipoteca (1).

E quindi questa procedura rendeva esigibili e scaduti tutti i crediti inscritti, senza rispetto veruno alle convenzioni: misura non necessaria per alcun riguardo, e quindi ingiusta.

In caso di nuova vendita all'incanto, prosegue la legge francese, si eseguirà colle forme stabilite per le espropriazioni forzate (V. nostro § LXI) (2).

L'aggiudicatario è tenuto, oltre al prezzo della sua aggiudicazione, di restituire all'acquirente o donatario cui fu tolto il possesso, le spese e i pagamenti legittimi fatti a causa del suo contratto, quelli della trascrizione, della notificazione e della rivendita (3).

La desistenza del creditore che chiede l'incanto non può impedire la pubblica aggiudicazione, quand'anche pagasse l'importare della fatta oblazione, a riserva che ciò non seguisse coll'espresso consenso di tutti gli altri creditori ipotecarii (4).

Ove si volessero purgare fondi affetti, o che 'l possono essere, da ipoteche legali non iscritte, come sarieno quelli che appartennero a mariti o a tutori, si adoperano le stesse formalità di cui sopra, eccetto le seguenti modificazioni.

Deposita l'acquirente una copia del contratto traslativo del dominio alla cancelleria del tribunale civile, e notifica con atto intimato tanto alla moglie o al surrogato tutore, quanto al regio procuratore presso il tribunale civile l'eseguito deposito. L'estratto di questo contratto deve restare affisso per due mesi nell'aula d'udienza del tribunale ed è pubblicato nel giornale ufficiale. Entro due mesi decorribili dopo l'ultima pubblicazione di questo estratto, le mogli, i mariti, i tutori, i surrogati tutori, i minori, gli interdetti, i parenti, gli amici ed il regio procuratore sono ammessi ad iscrivere le ipoteche legali all'ufficio del Conservatore (5). Se queste iscrizioni non sono fatte il fondo passa all'acquirente senza il peso relativo. Se furono fatte, e se esistono creditori anteriori che assorbono il prezzo, si cancellano. Se sono esse le anteriori, l'acquirente non fa alcun pagamento in pregiudizio di esse. Le ipoteche

(1) Art. 2186, Cod. Nap.; art. 2085, Cod. civ siciliano; art. 2226, Cod. civ. parmense; art. 2312, Cod. albertino; art. 210. Reg. gregoriano; Art. 460. motuproprio toscano; art. 2224. Cod. estense.

(2) Art. 2187, Cod. Napoleone, art. 2086, Cod. civ. siciliano; art. 2227, Cod. civ. parmense; art. 2313, Cod albertino, art. 211, Reg. gregoriano; art. 461, motuproprio toscano; art. 2228, Cod estense.

(3) Art. 2188, Cod. Napoleone; art. 2087, Cod. civ. siciliano; art. 2228, Cod. civ. parmense; art. 2314, Cod. albertino; art. 213, Reg. gregoriano; art. 462, motuproprio toscano; art. 2226, Cod. estense.

(4) Art. 2190 Cod. Napoleone; art. 2089, Cod. civ. siciliano; art. 2231, Cod. civ. parmense; art. 2316, Cod. albertino; art. 212, Reg. gregoriano; art 463, motuproprio toscano; art. 2230, Cod. estense.

(5) Art. 2193 e 2194, Cod. Napoleone, art. 51-53, Reg. italico 25 ottobre 1808 e art. 4-7, Decreto ital. 12 dicembre 1812: art. 2093-2095, Cod civ. siciliano.

non collocale in grado utile si cancellano (1). Queste formalità costituiscono una specie di giudizio preparatorio a quello che noi diciamo giudizio d'ordine o di graduazione: in quello non si cerca altro se non che di provvedere all'interesse dell'acquirente per dargli a conoscere tutte la ipoteche esistenti; è dunque un provvedimento che interessa la pubblicità del sistema ipotecario. In questo giudizio, che diciamo d'ordine, si cerca invece di coordinare e combinare i repugnanti interessi dei creditori fra di loro, compreso fra essi l'anteriore possessore per il ricupero delle migliorie fatte. Guardiamoci bene dal confondere in un solo questi due giudizii, che altrimenti la comparazione dei sistemi ci imbarazzerebbe di troppo.

4. La legislazione francese in questo argomento durò nelle provincie lombardo-venete anche nel successivo dominio austriaco, fino a che uscì la sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 (2), che arrecava un ben acconcio regolamento per sistemare la procedura di purgazione dalle ipoteche inerenti agli acquisti esecutivi o volontarii, e la procedura necessaria per constatare le ipoteche occulte nell'interesse degli acquirenti. Imperocchè a quel tempo non s'era attuata ancora l'assoluta pubblicità delle ipoteche tutte, e non si potea con effetto retroattivo togliere ai precedenti acquirenti quei diritti che aveano acquistato per le leggi anteriori.

Diamo qui per esteso il testo della legge, soggiungendo un breve commento per rischiarare lo spirito di ciascuna sua parte.

Capitolo I. *Della purgazione di un fondo dalle ipoteche nel caso di vendita giudiziale seguita avanti la pubblicazione del presente regolamento.*

1. « Nel caso di aggiudicazione definitiva di un fondo pignorato avanti il primo gennajo 1816, come pure nel caso di subasta di beni stabili dopo l'indicata epoca primo gennajo fino alla pubblicazione del presente regolamento, potrà l'aggiudicatario o deliberatario, la parte pignorata, il pignorante ed ognuno dei creditori fare ricorso alla competente prima istanza, e chiedere che siano citati i creditori aventi ipoteca legale non iscritta, se noti nella forma ordinaria, se assenti od ignoti mediante editto, ad inscrivere i loro respettivi titoli ipotecarii sul fondo aggiudicato o deliberato all'uffizio di conservazione delle ipoteche nel termine di giorni 90, a norma delle disposizioni portate dall'articolo 73 del regolamento 19 aprile 1806. Incumberà perciò alla parte d'indicare con precisione nel libello e nelle relative rubriche l'attuale domicilio dei creditori noti, del tutore, curatore, del marito, e nel caso di morte di esso, quello de' suoi eredi se noti, come pure il fondo subastato, l'anteriore

(2) Art. 2198, Cod. Napoleone, art. 2096, Cod. civ. siciliano.

(2) Pubblicata colla Notificaz. gov. lomb. 27 ottobre 1820, e colla Not. gov. veneta, 15 novembre 1820

possessore, la persona dell'aggiudicatario colle ulteriori indicazioni prescritte dal seguente §, ed al giudice di precisare a giorno fisso nell'editto e nei relativi decreti la scadenza del termine suindicato. »

2. « Le citazioni e la pubblicazione degli editti contemplati nell'articolo 1 avranno luogo nel modo seguente. Le citazioni saranno fatte alla persona del creditore conosciuto a' termini del vegliante Regolamento giudiziario, se per le leggi ora vigenti si trovasse abilitato ad agire da sè; e qualora fosse in età minore, interdetto, ignoto od assente, saranno fatte non solo alla persona di un curatore da delegarsi dal giudice in ciascun caso per l'inscrizione, insinuazione e difesa dei diritti d'ipoteca legale, ma eziandio al tutore o curatore ordinario del minore o dell'interdetto. Gli editti si pubblicheranno nelle forme prescritte dal Regolamento giudiziario civile, ed in quelli, come pure nei decreti dovranno precisarsi il fondo o i fondi subastati, l'ubicazione, i confini, il censimento, ove esiste, il possessore anteriore, ed il titolo dell'alienazione, la persona dell'acquirente, aggiudicatario o deliberatario, aggiuntavi la comminatoria che non venendo inscritto il diritto d'ipoteca nel termine stabilito, non potrà il creditore avente ipoteca legale far valere ulteriore diritto ipotecario sul fondo. »

« L'affissione degli editti avrà luogo alle porte della prima istanza avanti cui si procede, nel capo-luogo della provincia e nel comune ove sono situati i beni; s'inserirà per tre volte, cioè una volta per ciascuna delle tre settimane successive, nel foglio periodico che si stampa nella provincia, od in mancanza di questo, nella gazzetta del luogo di residenza dell'imperiale regio Governo, e dovrà sempre rimettersene un esemplare all'imperiale regio ufficio fiscale. »

3. « L'inserizione delle ipoteche legali agli uffizii di conservazione delle ipoteche dovrà farsi in regola ad istanza del curatore, tutore, o del marito. Sarà però facoltativo di farla eseguire anche ai parenti del marito e della moglie se deriva da credito dotale e per convenzioni matrimoniali, ed in mancanza di questi, agli amici, ed eziandio alla moglie stessa. Qualora poi trattisi di credito per responsabilità d'amministrazione a vantaggio dei minori e degl'interdetti, si potrà fare l'inserizione dai parenti del minore, o dell'interdetto, e dagli amici, non che dal minore medesimo. Se poi per difetto dell'ingiunta inscrizione rimasero pregiudicate le persone, cui compete il diritto di tacita ipoteca, resta loro salvo il regresso d'indennità contro i tutori, mariti e curatori a' termini di legge. »

4. « Scaduto il termine per le inserizioni delle ipoteche legali fissato nell'editto come al § 1, dovrà l'acquirente o chiunque altro avente interesse, nel caso che il valore delle ipoteche inscritte superi il valore del fondo, presentare alla competente prima istanza il libello per la citazione dei creditori inscritti ad insinuare tutti i loro titoli di privilegio e d'ipoteca che gravitassero sul fondo medesimo. »

5. « Il libello di cui si fece cenno nell'antecedente § sarà presentato in triplo con altrettante rubriche quante sono le persone da citarsi oltre del primo nominato, e sarà corredato dall'estratto rilasciato dal conservatore delle ipoteche, dai ricapiti comprovanti l'aggiudicazione, o dal decreto approvante l'atto della seguita giudiziale subasta, dai quali rilevisi l'identità del fondo alienato, e la nota de' creditori inscritti all'ufficio delle ipoteche; osservate, quanto al domicilio noto del creditore, del tutore, curatore, del marito o de' suoi eredi, le norme prescritte nel § 1 del presente regolamento. »

6. « L'intimazione si eseguirà nei modi prescritti dal Regolamento generale del processo civile per l'intimazione del primo decreto, ed un esemplare del libello coi documenti verrà depositato in cancelleria a comodo degli aventi interesse, che ne potranno ottenere l'ispezione e la copia sopra domanda, colla comminatoria ai creditori inscritti da inserirsi nel decreto e nell'editto, che non insinuandosi verranno esclusi da ogni diritto ipotecario esercibile sul fondo; viene però riservato al creditore, che per un impedimento inevitabile non potesse comparire in giudizio nel termine fissato, il diritto di produrre nei successivi giorni 14 in iscritto ovvero in voce la sua giustificazione. Le citazioni dei creditori ignoti od assenti, minori od interdetti si eseguiranno nei modi prescritti dal § 2. »

7. « Il giudice in vista del presentato libello, avuto riguardo alla distanza del domicilio dei citati creditori, assegnerà il giorno e l'ora in cui dovranno comparire in giudizio per insinuare e comprovare i titoli del loro credito; incumberà perciò al giudice di eseguire colla più pronta sollecitudine l'intimazione dei decreti alle parti nei modi prescritti dal Regolamento giudiziario. »

8. « Le insinuazioni dei crediti in detto giorno ed ora si faranno al protocollo della commissione: ogni creditore far[illegible] separatamente la sua, e produrrà i relativi originali documenti giu[illegible]tificanti il credito colla domanda che sia riconosciuto e graduato alla t[illegible]l epoca o luogo in conformità alla natura e data del titolo: sarà pot [illegible] coltativo al debitore pignorato ed ai creditori di dare a protocollo la [illegible]oro dichiarazione in orbine alla liquidità o sussistenza dei crediti insi[illegible]ati. Riguardo poi alla quistione, se competa o no al creditore il dirit[illegible] reale e la classe addomandata, dovendosi rispetto all'una e all'altra [illegible]ofertre formale giudizio di graduazione, potranno essi addurre tutte le [illegible]ccezioni che a tal uopo reputassero necessarie; restano però limitate [illegible] rispettive deduzioni di ciascuna delle parti a due atti e non più. »

« Il giudice, esposto di caso in caso succint[illegible]ente e con precisione lo stato dell'affare, procurerà di mettere d'accor[illegible] le parti, conformandosi però al prescritto dal § 347 del generale Reg[illegible]nento giudiziario. »

« Nel caso poi che la liquidazione, attesa [illegible]dole dei titoli ed il numero dei creditori, non potesse essere portata [illegible] termine nel giorno sta-

bilito, dovrà la commissione progredire alla liquidazione nei giorni successivi sino al finale esaurimento dell'affare. »

9. « Chiuso il processo verbale, la prima istanza, in base del nuovo certificato del conservatore delle ipoteche, in cui dovranno inserirsi i crediti e diritti insinuati nel termine perentorio dai creditori aventi ipoteca legale, dovrà pronunziare la graduazione dei creditori ed intimarla al primo nominato, dandone parte con separato decreto agli altri creditori, coll'avvertenza che sarà libero a ciascuno di prenderne ispezione presso quello a cui è stata comunicata, o in cancelleria. »

10. « La graduazione dei creditori si dovrà stendere secondo la priorità di diritto risultante dai prodotti titoli e relativi documenti. Se il credito professato fu riconosciuto liquido dai creditori e dal debitore pignorato all'atto del processo verbale, oppure altrimenti comprovato, in modo che il giudice a' termini del § 385, del Regolamento giudiziario potrebbe senz'altro accordare l'esecuzione, si farà nella classificazione l'analoga annotazione; nel caso opposto della non riconosciuta o non comprovata liquidità, sarà rimesso il creditore al competente giudizio per la previa liquidazione ed aggiudicazione del vantato credito. Qualora il prezzo del fondo superasse l'importo delle ipoteche, compresi gl'interessi, non avrà luogo la graduazione. »

11. « La graduazione dei creditori si dovrà intimare per esteso al primo nominato nel libello, ed a ciascun creditore per estratto la sua graduazione, colla facoltà di vedere la generale graduazione presso il primo nominato, e di prenderne copia nella cancelleria, coll'avvertenza che nel termine di giorni 30 proponga, volendo, con formale petizione la sua domanda nelle vie regolari, sotto la comminatoria che altrimenti la graduazione si riterrà approvata. »

« Venendo introdotto il giudizio, si procederà colle norme stabilite dai §§ 129 sino al 136 inclusive del Regolamento del processo civile. »

« Passata che sarà in giudicato la graduazione, avrà luogo il riparto del prezzo secondo la medesima, esclusi per ora quei creditori che furono rimessi a liquidare previamente nelle vie regolari il loro credito. »

« Il prezzo che non potesse venir pagato per le quistioni insorte sopra la sussistenza e liquidità dei crediti insinuati, sarà frattanto giudizialmente depositato, a meno che i creditori o la maggioranza di essi, avuto però riguardo all'importo del credito professato, avesse deliberato che debba ritenersi presso il deliberatario. »

Capitolo II. *Della purgazione de' beni dalle ipoteche nel caso di vendita giudiziale dopo la pubblicazione del presente regolamento.*

12. « Nel caso contemplato dal § 421 del Regolamento giudiziario, l'istanza per le citazioni dei creditori aventi ipoteca legale ad inscrivere i loro titoli sui pubblici registri delle ipoteche, e per la pubblicazione degli editti diffidatorj, di cui si fece cenno nel § 1, dovrà presentarsi dalla

parte che avrà chiesta la subastazione, e contemporaneamente alla domanda suddetta, sotto la comminatoria che altrimenti sarà restituito il libello presentato per la subastazione; qualora poi nel caso del § 418 nè l'una, nè l'altra parte avesse chiesto entro il termine di giorni 30 la subasta, tale istanza dovrà presentarsi contemporaneamente, ma però sempre con separato libello, da quella che presenterà la dimanda per gli ulteriori atti giudiziali, cioè per l'aggiudicazione del fondo, sotto la comminatoria suindicata. »

« Riguardo alla citazione ed alla pubblicazione degli editti, all'inserizione delle ipoteche legali agli uffici di conservazione delle ipoteche, al modo di stendere il relativo libello, all'intimazione del medesimo alle parti, alla citazione dei creditori inscritti per insinuare i loro titoli nel giorno a ciò destinato, alla pubblicazione della graduazione, alla procedura da osservarsi nella graduazione, e finalmente al tempo e modo di presentare la petizione contemplata dal § 11, si dovranno osservare le prescrizioni indicate nei §§ 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ed 11 del presente regolamento; in ogni caso però la citazione dei creditori inscritti per insinuare i loro titoli, l'insinuazione stessa, il relativo giudizio e la pubblicazione della graduazione non potranno aver luogo se non che dopo l'aggiudicazione o la vendita dello stabile esposto al pubblico incanto. »

13. « Il termine di giorni 90 stabilito nel § 1 per le inscrizioni delle ipoteche legali nelle aggiudicazioni seguite avanti la pubblicazione del presente regolamento avrà anche luogo per simili inserizioni dopo la pubblicaztone del medesimo: avuto però riguardo al detto termine ed al disposto dal § 437 del Regolamento giudiziario; il primo termine per le subastazioni stabilito dal § 424 sarà sempre di giorni 90; esclusa così la facoltà di abbreviarlo o di ampliarlo. »

Capitolo III. *Della purgazione dei beni dalle ipoteche nelle vendite volontarie fatte avanti l'attivazione del Codice civile universale austriaco.*

14. « Nel caso di alienazione volontaria fatta avanti l'attivazione del Codice civile universale austriaco, l'acquirente, volendo liberare gli stabili dalle ipoteche, in quanto il suo diritto non fosse ancora perento, dovrà presentare in giudizio l'istanza e chiedere. »

I. « Che siano diffidati i creditori aventi ipoteca legale non inscritta ne' pubblici registri delle ipoteche ad inscrivere nel termine di giorni 90 i rispettivi loro titoli ipotecarj sul fondo alienato. »

II. « Che sia data notizia del contratto ai creditori già inscritti, coll'avvertenza essere loro facoltativo d'offrire l'aumento della decima parte del prezzo stabilito nel contratto, e ciò entro un mese dal lasso dei giorni 90 stabiliti per le inserizioni delle ipoteche legali, e di chiedere che si apra l'incanto del fondo. »

« Il libello dovrà presentarsi in triplo con altrettante rubriche quante

sono le parti da citarsi, oltre del primo nominato, corredato da copia autentica del contratto d'acquisto, e dall'estratto rilasciato dal conservatore delle ipoteche, coll'indicazione di località, confine e del prezzo di vendita e dell'attuale domicilio dei singoli creditori, se conosciuto; conformandosi, quanto al domicilio del tutore, curatore o del marito, alle prescrizioni contenute nel § 1 di questo regolamento. »

15. « Le citazioni e la pubblicazione degli editti, ed in seguito l'inscrizione delle ipoteche legali, giudiziali e convenzionali si eseguiranno nei modi prescritti dal § 2, e dalle persone indicate nel § 3, sotto la comminatoria e risponsabilità ivi stabilita pel caso dell'ommessa inserizione. »

« Pei creditori inscritti e gli altri aventi ipoteca legale, giudiziale e convenzionale, che nel termine di giorni 90 inscriveranno i loro titoli all'uffizio delle ipoteche, s'inserirà nel relativo decreto e nell'editto la comminatoria, che in quanto essi ommettessero di offrire nel termine stabilito dal precedente § l'aumento della decima parte del prezzo, e di chiedere la subasta, il valore dell'immobile venduto resterà definitivamente fissato nel prezzo stipulato nel contratto di compra vendita. »

16. « Presentata da uno o più creditori in tempo abile l'offerta dell'aumento e l'istanza per l'incanto del fondo, il giudice, previo avviso da intimarsi e pubblicarsi nella forma ordinaria, assegnerà la giornata per un solo sperimento, da incoarsi sul prezzo offerto; qualora non si presentassero oblatori maggiori chi avrà fatta l'offerta sarà il deliberatario, e se più creditori si fossero insinuati ad offrire l'aumento della decima parte e da nessuno venisse fatto aumento maggiore, il fondo sarà deliberato a chi primo fece l'oblazione. Ogni offerente della decima parte del prezzo sarà obbligato, all'atto dell'offerta, di prestare cauzione sino alla concorrenza del prezzo; gli aspiranti all'asta dovranno pure presentare idonea cauzione o deposito a guarentigia della stessa, e si osserverà nel rimanente il disposto dai §§ 425, 426 e 427 del Regolamento giudiziario. Ove per altro il prezzo del fondo bastasse a saldare tutti i crediti ipotecarî regolarmente inscritti, non avrà luogo nè offerta, nè incanto. »

17. « Omettendosi dai creditori di chiedere la subasta nei modi e termini superiormente prescritti, il valore dell'immobile venduto resterà definitivamente fissato nel prezzo stipulato nel contratto di compra e vendita; trascurando all'incontro l'acquirente di notificare il contratto, potrà essere dai creditori convenuto per le ipoteche di cui fosse gravato il fondo al pagamento dei relativi capitali ed interessi, ovvero al rilascio del fondo medesimo. Qualora abbia luogo il mentovato rilascio si procederà alla subasta ad istanza d' altro dei creditori nei modi prescritti dal Regolamento del processo civile al capitolo XXXI, a carico e pericolo dello stesso acquirente; osservato ciò che riguardo alla citazione dei creditori aventi ipoteca legale per l'inserizione de' loro titoli, per la liquidazione, graduazione e distribuzione del prezzo viene determinato nel capitolo II del presente regolamento; subasta che avrà pure luogo

nel caso in cui l'acquirente o deliberatario non si presti nei termini e modi convenuti al pagamento del prezzo, giusta il disposto dai §§ 422 e 438 del Regolamento giudiziario. »

18. « Nel caso opposto all'incontro, se l'acquirente avrà notificato ai creditori il contratto di compra e vendita, e diffidati a'termini del § 14 i creditori aventi ipoteca legale, giudiziale o convenzionale ad inscrivere i rispettivi loro titoli sui registri delle ipoteche, scaduto il termine per le inscrizioni, dovrà egli fare istanza per la citazione dei creditori inscritti e per l'insinuazione dei crediti, conformandosi in ciò tanto l'istante, quanto il giudice alle norme prescritte nel capitolo primo del presente regolamento. »

« Dipenderà poi dalla volontà ed interesse dell'acquirente il far seguire la trascrizione del suo acquisto sui registri ipotecarj prima del giudizio di purgazione dalle ipoteche, o di attendere l'esito del giudizio medesimo. »

« Nel primo caso però venendo per l'offerta dell'aumento decimale subastato il fondo e deliberato ad altri, gli saranno restituite le tasse già pagate all'uffizio delle ipoteche colla trascrizione del titolo che venisse fatta dall'altro acquirente. »

Capitolo IV. *Della purgazione dei beni dalle ipoteche legali nelle vendite volontarie fatte dopo l'attivazione del Codice civile austriaco sino alla pubblicazione del presente regolamento.*

19. « Nel caso di vendite volontarie di beni stabili fatte dopo l'attivazione del Codice civile universale austriaco sino alla pubblicazione del presente regolamento potrà l'acquirente ed il venditore, oppure unitamente l'uno e l'altro, presentare alla competente prima istanza il libello, in cui sarà indicata la località, il confine, il censimento (ove esiste), il possessore anteriore ed il titolo dell'acquisto, e chiedere che, sotto la comminatoria sancita dal § 2 siano citati i creditori aventi ipoteca legale non inscritta sui pubblici registri, se noti nelle forme ordinarie, se ignoti mediante editto, ad inscrivere nel termine stabilito dal § 1 i loro rispettivi titoli ipotecarj sul fondo alienato, a norma delle disposizioni portate dall'articolo 73 del regolamento 19 aprile 1806. Il libello sarà corredato da copia autentica del contratto, conformandosi, quanto all'indicazione dell'attuale domicilio noto delle parti, al disposto dal succennato § 1 del presente regolamento. »

20. « Le citazioni e la pubblicazione degli editti, l'inscrizione delle ipoteche legali agli uffizii di conservazione delle ipoteche, e l'intimazione dei decreti si eseguiranno nei modi e forme stabilite nei §§ 2 e 3, colla comminatoria e responsabilità ivi sancita, da inserirsi di caso in caso nell'editto e nei relativi decreti intimati alle parti. »

Capitolo V. *Della purgazione dei beni dalle ipoteche legali nelle vendite volontarie, che avranno luogo dopo la pubblicazione del presente regolamento.*

21. « Nelle vendite private di beni stabili che avranno luogo dopo la pubblicazione del presente regolamento potrà ognuno che intenda di farne acquisto (con consenso del proprietario), come pure unitamente l'acquirente ed il venditore, presentare alla competente prima istanza il libello, in cui sarà indicata la località, il confine, censimento (ov'esiste), e l'attual possessore, e chiedere che sotto la comminatoria stabilita nel § 2 siano citati i creditori aventi ipoteca legale non inscritta sul pubblici registri, se noti nelle forme ordinarie, se ignoti mediante editto, ad inscrivere entro il termine stabilito nel § 1 i loro rispettivi titoli ipotecarj sul fondo da alienarsi, a norma delle disposizioni portate dall'art. 73 del regolamento 19 aprile 1806, conformandosi, quanto all'indicazione dell'attuale domicilio noto delle parti, a ciò che fu prescritto dal succennato § 1 del presente regolamento. »

22. « Le citazioni e la pubblicazione degli editti, l'inscrizione delle ipoteche legali agli uffizii di conservazione delle ipoteche, e la intimazione dei decreti si eseguiranno nei modi e forme prescritte dai §§ 2 e 3, colla comminatoria e responsabilità ivi sancita, da inserirsi di caso in caso nell'editto e nei relativi decreti intimati alle parti. »

« Siccome la procedura prescritta per le vendite private contemplate dai capitoli quarto e quinto del presente regolamento tende al solo ed unico scopo di rilevare indubitatamente tutte le ipoteche che stanno a carico del fondo, senz'alcun pregiudizio dei creditori inscritti: così, scaduto il termine alle inscrizioni, resterà libero alle parti di procedere a quei patti e condizioni che riputeranno di suo interesse. »

« In quanto di libero consenso delle parti aventi interesse non sia diversamente stabilito, quegli che avrà acquistato stragiudizialmente un bene immobile sarà obbligato, a senso del § 466 del Codice civile universale, o di pagare tutti i crediti inscritti entro i termini stabiliti nei documenti riportati nei registri delle ipoteche, oppure di rilasciare ai creditori, a di cui favore furono prese le inscrizioni, il bene acquistato in pagamento dei loro crediti. »

Disposizione generale. « Le spese occorrenti, onde rendere liberi i fondi dalle ipoteche tanto in caso di vendita coattiva che volontaria saranno, ove non esista patto in contrario, prededotte dal prezzo del fondo a favore dell'acquirente ed anco dei creditori, sempreché, riguardo a questi ultimi si tratti di crediti riconosciuti legittimi; escluse però le spese nelle cause di priorità, di cui nel § 11, come pure le spese per la separata causa di liquidazione, di cui nel § 10, le quali non saranno a carico del fondo, ma bensì delle parti, a' termini del vegliante Regolamento giudiziario. »

5. Nei primi tre paragrafi di questa legge si provvedea affinchè nell'esecuzione del fondo ipotecato e venduto prima della promulgazione della legge stessa, si conoscessero anche le ipoteche occulte, che la legge francese avea tollerate. Ma siccome colla sovrana Patente 19 giugno 1826 furono abolite siffatte ipoteche dal 1 luglio 1828 in avanti (1), il Senato lombardo veneto, secondo che abbiamo nella Notificazione 10 agosto 1828 del Governo lombardo (2), nel § 1 statuiva: « non essendo più efficace col di primo luglio 1828 in poi qualunque ipoteca che non sia debitamente inscritta, si dichiarano abolite quelle disposizioni della Notificazione 27 ottobre 1820 che si riferivano alla procedura di purgazione in confronto de'creditori muniti d'ipoteche tacite legali anteriori. »

Rimanevano in vigore gli altri §§ 4 e 11 della stessa sovrana Risoluzione che abbiamo adottati a materia del presente e dei successivi nostri paragrafi, nel primo dei quali si accorda all'aquirente per vendita giudiziale di citare i creditori tutti aventi ipoteca sul fondo acquistato, ma solo *nel caso che il valore delle ipoteche inscritte superi il valore del fondo.* Il capitolo secondo di quella legge può ritenersi del tutto abolito in quanto allude esclusivamente alla purgazione dei fondi che si fossero venduti giudizialmente dappoi, dalle ipoteche occulte, le quali furono inscritte dopo l'anno 1826. Nel capitolo terzo vuolsi regolare la purgazione degli acquisti volontarj fatti avanti la pubblicazione del Codice civile austriaco: ed in questo riguardo si conservano presso a poco le disposizioni dell'antecedente legislazione per quei rispetto che meritano i diritti acquisiti sotto l'impero delle leggi anteriori, in omaggio al principio della non retroattività delle leggi posteriori. Solo è a notare che il Legislatore austriaco ha dispensato l'acquirente dall'obbligo assoluto della trascrizione, sostituendovi l'altra pratica di corredare il libello per la citazione dei creditori con una copia autentica del contratto d'acquisto.

Nei capitoli quarto e quinto cioè nei casi di vendite volontarie fatte dopo il Codice civile austriaco e prima del suddetto regolamento, o fatte dopo la pubblicazione di questo, il legislatore non provvede ad altro che a far sì che l'acquirente abbia cognizione delle ipoteche occulte: e lo dice espressamente nel § 22. « Siccome la procedura prescritta per le vendite private contemplate dai capitoli quarto e quinto del presente regolamento tende al solo ed unico scopo di rilevare indubitatamente tutte le ipoteche che stanno a carico del fondo, senza alcun pregiudizio dei creditori inscritti: così, scaduto il termine alle inscrizioni, resterà libero alle parti di procedere a quei patti e condizioni che reputeranno di loro interesse. »

L'interpretazione di questa legge non può essere dubbia, e quan-

(1) Vedi il § XXII, n. 6

(2) Cui corrisponde la Notificaz. gov. di Venezia della stessa data.

d'anche un giudice avesse decretata la convocazione de'creditori, nessuno sarebbe obbligato ad intervenire in giudizio, e nemmanco ad appellarsi del decreto *ipso jure* nullo. Così fu giudicato contro una sentenza di prima istanza del 28 febbrajo 1848, da un tribunale d'appello il successivo 14 giugno, e dal Senato lombardo-veneto il 23 ottobre dello stesso anno (1). E nemmeno per le vendite volontarie avvenute prima del 1816, epoca della promulgazione del Codice civile, perciocchè a quest'ora il diritto dell'acquirente sarebbe perento per la prescrizione massima di 40 anni, e quindi pel § 14 della succitata sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 non si potrebbe più esercitare.

6. Tanto il creditore esecutante, come l'espropriato, ovvero anche l'acquirente, possono provocare la convocazione dei creditori inscritti sul fondo esecutato. A ciascuno di essi è fatta abilità di ciò nei §§ 4 e 12, della legge che di presente comentiamo : perchè a ciascuno di essi può interessare l'esaurimento totale degli atti esecutivi. Il più interessato di tutti può essere l'esecutante, perchè nel caso proposto egli non potrebbe costringere l'acquirente a pagargli il prezzo dell'acquisto, se non si regola dapprima in concorso degli altri creditori ipotecarj la distribuzione del prezzo medesimo. Può interessare all'aquirente sotto un'altro aspetto: quand'egli desideri di possedere il fondo acquistato in modo irrevocabile e senza disturbi, nel caso che gli si fosse ingiunto l'obbligo di ritenere il prezzo, o di pagarlo direttamente ai creditori utilmente graduati. Può interessare anche all'espropriato di sollecitare il giudiziato d'ordine, onde prontamente liquidare i suoi rapporti coi creditori.

Anche gli altri creditori inscritti avrebbero interesse di sollecitare la procedura esecutiva, e di ricuperare i loro crediti. Potranno essi addomandare la convocazione degli altri creditori?

L'art. 750 del Codice di procedura civile francese (2) attribuiva espressamente simile facoltà al creditore più sollecito. La nostra legge sta nei termini generali; poichè dice che potrà spiegare questa domanda *chiunque avente interesse* (§ 4 della gov. Ris. 31 luglio 1820); e siccome interessa pure agli altri creditori di affrettare la fine dell'esecuzione, ed affrettandola giovano a tutti gli altri cointeressati: il giudice non potrebbe rifiutarsi alla richiesta. E valga per argomento, ove occorra, ciò che dispone in proposito il § 1 della succitata sovrana Risoluzione, che accordava ad ognuno dei creditori indifferentemente, all'aggiudicatario o deliberatario, alla parte pignorata o al pignorante di domandare la purgazione del fondo dalle ipoteche legali.

L'istanza competente a ricevere la domanda di convocazione, non può essere che l'autorità giudiziaria nella cui giurisdizione sono situati gli

(1) Giornale di giurispr. prat. di Venezia an. 3, 1850. num. 7.

(2) Al quale corrisponde l'art. 822 del Cod. process. piemontese.

immobili, e che fu già ricercata per la stima e la subasta (1): il che fu pure giudicato dall'Appello lombardo con decreto 9 agosto 1851 N.11403 (2). Però la sovrana Patente 20 novembre 1852 derogò in parte alla pratica anteriore, in quanto che le preture foresi, che sarebbero competenti per la vendita e la delibera esecutiva del fondo non lo sono egualmente per il giudizio d'ordine. Ma pel § 51 si dispone: « l'assunzione di tutti gli atti reali, come sono l'inventario, le ispezioni sopra luogo e le perizie, l'effettuazione del sequestro, il pignoramento dei frutti non ancora staccati, la stima e la subasta, spetta a quella pretura, o riguardo agli stabili nella periferia assegnata alle città ove risiedono tribunali provinciali, a quel tribunale provinciale, nel cui circondario è situato l'immobile. Ma se un bene immobile è situato nel circondario di più preture, l'assunzione degli atti reali spetta a quel tribunale provinciale, nel cui circondario queste preture si trovano. *Alla trattazione per la divisione del maggior prezzo offerto pel bene alienato, nel caso che non si possa addivenire ad accordo amichevole fra le parti ed alla decisione delle cause di priorità nascenti in seguito alla divisione, è sempre chiamato il tribunale provinciale nel cui circondario giurisdizionale è situato l'immobile.* »

Questa legge fu illustrata dal decreto 27 giugno 1854 n. 3625 della suprema Corte di giustizia e cassazione nel caso in cui un Giambattista Inverni credette di prescegliere la pretura forese come competente al giudizio d'ordine, per la ragione che dovendosi praticare un previo esperimento di conciliazione, a questo esperimento disse compelenti le preture foresi per la Notificazione governativa lombarda 2 marzo 1824. Ma fu respinto in quel decreto che era del seguente tenore:

« Visto il ricorso di Giovanni Battista Inverni contro i conformi decreti 28 dicembre 1853 n. 11903 dell'i. r. pretura in...., e 27 gennajo 1854 n. 1168 dell'i. r. tribunale d'appello lombardo, coi quali venne respinta, siccome incompetentemente prodotta, la di lui relativa istanza per destinazione di comparsa per la insinuazione dei crediti sulla casa subastata e deliberatagli per la relativa graduatoria e divisione del prezzo;

« Visti gli atti rassegnati col rapporto 24 marzo n. 3944;

« Osservato, che colla sovrana Patente 20 novembre 1852, portante la nuova legge delle norme giurisdizionali, viene regolato unicamente la competenza delle diverse istanze, senza nulla innovare alle vigenti prescrizioni circa il modo con cui sono da trattarsi gli affari giudiziali stessi;

« Considerato che anche perciò in nulla venne innovata la prescrizione del § 8 della legge 27 ottobre 1820 (nostro § LXXI) circa l'esperimento di conciliazione incumbente al giudice;

(1) Notisi che qui parliamo solo dell'esecuzione parziale d'un fondo: non già d'un concorso generale, del quale tratteremo nel § LXXIV del presente Capo.

(2) Gazzetta de' tribunali di Milano an. 2 1852, num. 35.

« Considerato, che nel secondo periodo del § 51 della nuova Norma giurisdizionale, colla rammemorazione di quello sperimento di conciliazione non viene formata un'eccezione o limitazione alla regola generalmente pronunciatavi, che cioè alla trattazione per la divisione del maggior prezzo, ed alla decisione delle relative controversie è sempre chiamato il tribunal provinciale, nel cui circondario giurisdizionale si trova l'immobile;

« Osservato, che mobilizzato lo stabile nel prezzo al quale si attaccano gli interessi e diritti di nuove personalità, vale a dire dei creditori inscritti, la nuova legge avvisando all'importanza di esso prezzo, che di sovente trascende l'originaria azione dell'esecutante, fece subentrare al giudice singolo un giudizio collegiale, a cui deve dirigersi l'istanza per la convocazione dei creditori, ed il quale perciò è anche manifestamente competente ad interporre la sua autorità nel caso di un dissidio, e ad esperimentare la rammemorata conciliazione di cui nel citato § 8. »

L'imp. reg. suprema Corte di giustizia e cassazione respinge il ricorso come inamissibile ed anche infondato (1).

Fu pure giudicato nella causa tra Manfredi e Tallani di Sarnico, che i tribunali provinciali non possono delegare le preture foresi, nel cui circondario è situato l'immobile esecutato, per convocare i creditori circa la divisione del prezzo ricavato dal medesimo: decreto 4 agosto 1854, n. 2705 dell'Appello lombardo, confermato colla decisione 9 novembre 1854, num. 4867 della stessa suprema Corte (2).

§ LXVIII.

Il libello, di cui si fece cenno nell'antecedente §, sarà presentato in triplo con altrettante rubriche, quante sono le persone da citarsi oltre il primo nominato, e sarà corredato dell'estratto rilasciato dal conservatore delle ipoteche, dai ricapiti comprovanti l'aggiudicazione, o dal decreto approvante l'atto della seguita giudiziale subasta, dai quali rilevasi l'identità del fondo alienato, e la nota dei creditori inscritti all'ufficio delle ipoteche.

Arg. dai §§ 1, 5 e 12 della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820.

(1) Beretta, *Giorn. di giurispr. prat di Venezia* an. VII. 1854 num. 15 pag. 293-294, Gazzetta dei trib. di Milano 1854, n. 92. Fu pure giudicato essere incompetente la pretura forese per la citazione dei creditori, ad un esperimento di conciliazione sulla distribuzione del prezzo. Decreto 28 dicembre 1853 della Pretora di.... e decreto 27 gennajo 1854 dell'Appello lombardo. Gazzetta de'Tribunali di Milano, an. IV. 1854, n. 20.

(2) Gazzetta dei trib. di Milano, an. IV, 1854 num. 115 e 157-158.

SOMMARIO

1. Si devono citare nel giudizio d'ordine tutti i creditori con ipoteca inscritta.
2. Se si debbano citare i creditori aventi un privilegio: se anche l'espropriato e i debitori.
3. Come debbasi corredare il libello.

1. Siccome il giudizio d'ordine tende a liquidare tutte le ipoteche esistenti sul fondo venduto giudizialmente, e a liberarnelo in quanto esse eccedano il prezzo ottenuto, perciò dev'essere proposto in confronto di tutti creditori che avessero ipoteche siffatte; e quel creditore, contro del quale non venisse proposto, non potria soffrirne pregiudizio, ma dovria anzi essere considerato siccome un terzo, contro del quale la cosa giudicata *inter alios* non può nè giovare nè nuocere. Quindi conserverebbe la sua ipoteca coll' azione inerente, efficace contro l'acquirente (1); il quale sarebbe trattato non altrimenti che qualunque altro terzo possessore. L'omissione però della citazione non dà motivo ai creditori citati di sturbare il giudizio d'ordine. Solo se ne può avvantaggiare il creditore non citato, che conserva perciò intatti i suoi diritti contro l'acquirente (2). Deve adunque costui provvedere con scrupolosa attenzione, acciocchè tutti i creditori iscritti sieno invitati a questo giudizio, se non vuole esporsi al pericolo d'essere poscia inquietato (3).

Vediamo in maggiore dettaglio quali persone devono essere invitate a questo giudizio. Il fondo venne venduto colle originarie limitazioni di dominio o di servitù prediali o personali (4), le quali in questo giudizio non si tolgono, e perciò non ci ha quistione di esse. Interessa piuttosto di togliere le altre limitazioni reali di ipoteca o di privilegio.

Interessa in primo luogo di togliere tutte le ipoteche, le quali affettano il fondo venduto in dipendenza di quel diritto assoluto o parziale di proprietà che spettava al costituente; e siccome nel nostro sistema non ci può essere valida ipoteca, che non fosse iscritta (5): così tutti i creditori ipotecarii che appajono inscritti, devono essere particolarmente citati e diffidati ad insinuare e liquidare il loro diritto, come dissimo.

Per questa ragione vuole la legge del nostro paragrafo che il libello di chi promuove il giudizio d'ordine, sia corredato dell'estratto rilasciato dal Conservatore delle ipoteche, e della nota dei creditori inscritti all'ufficio del medesimo. È della massima importanza l'avvertire qui che si

(1) Grenier, *hyp.* num. 366.

(2) Grenier, *hyp.* num. 440. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 924.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 907-920-924.

(4) § LXI, num. 13. e seguenti.

(5) Vedi § XXII.

devono domandare al Conservatore e produrre nel libello tanti certificati ipotecarii, quante furono le ditte de' possessori dello stabile venduto dall'anno 1806 in poi, cioè da tutto il tempo che esistono da noi i registri ipotecarii: possibile essendo che esistano iscrizioni allibrate contro un possessore intermedio che non fosse cosa ovvia di conoscere. Imperocchè nel nostro sistema e nel sistema francese nessun'ipoteca si può conoscere se non al nome del proprietario: dimodochè senza conoscere per filo e per segno tutta la storia della proprietà, almeno del corrente secolo, non si può avere una conveniente e sicura cognizione delle ipoteche esistenti. Decisiva ci sembra la dottrina professata dalla corte imperiale di Riom nel decreto 8 giugno 1811, secondo che abbiamo da Sirey. Dopo l'espropriazione, vi si dice, l'esecutante è obbligato di chiamare al giudizio d'ordine non solamente i creditori ipotecarii inscritti contro l'espropriato o la parte esecutata, ma anche quelli che sono inscritti contro anteriori proprietarii, che possono avere un diritto reale d'ipoteca. Però l'aggiudicatario è obbligato ed interessato sotto propria responsabilità di indicarli (1). Tocca al nuovo acquirente, soggiunge Grénier, di conoscere gli antichi proprietarii e di curarsi delle inscrizioni che possono colpirli, per le opportune notificazioni (2).

Se fosse ommessa la notifica ad alcun creditore inscritto, l'abbiam detto, questi conserva intatto il suo diritto. Però distinguiamo con Grenier: o l'ommissione provenne dalla negligenza dell'acquirente che non provvide come dovea provvedere, ed allora sta la conclusione suddetta; o provenne dalla negligenza del Conservatore, che avesse ommessa l'inscrizione del creditore, e l'acquirente potrebbe addomandare l'indennizzo dallo stesso Conservatore (3).

2. Interessa in secondo luogo di togliere i privilegi che affettano lo stabile venduto. Sotto il § XLVII abbiamo passato in rassegna tutti i possibili privilegi primeggianti sulle ipoteche.

Incominciando dai privilegi del fisco per le contribuzioni dirette, per le tasse d'arti e commercio e per le altre cause indicate nel § LVII num. 6: diremo che per le prime sussiste il privilegio ad onta della vendita giudiziale, perchè è diritto reale che affetta direttamente l'immobile ed assorbe la causa del dominio e delle ipoteche (4): quindi l'acquirente dee prenderne cognizione, e soddisfare ad esso anticipatamente col prezzo, e colla dovuta priorità innanzi ai creditori ipotecarii, perchè se non se ne prendesse cura, patirebbe in seguito l'esecuzione fiscale.

Quanto alle contribuzioni indirette delle tasse d'arti e di commercio, non istimiamo di condurre la stessa conclusione, perchè questa causa di privilegio non affetta così direttamente la proprietà fondiaria di un dato

(1) Sirey, *Recueil gen. des lois*, tom. 12. p. 2. pag. 109.

(2) Grenier, *hyp.* num. 365.

(3) Grenier, *hyp.* num. 440. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 920.

(4) Vedi § XLVII. num. 4.

stabile, che possa sorvivere e durare dopo che questo sia passato nelle mani del compratore, ma non ha altra natura che quella di contribuzione personale, e non diviene reale se non all'atto dell'escussione. Se questa all'atto della vendita giudiziale non ebbe ancor luogo, la proprietà passa libera nell'acquirente. Ma se per questa o per altra causa gli esattori avessero preso un pignoramento, comunque non fosse inscritto, varrebbe tuttavia non meno del pegno giudiziale. Diremo lo stesso de' privilegi che competono al direttario, ai consorzii d'acque, al vicino che ha restaurato l'edifizio contiguo minacciante ruina, e de' quali dissimo nel § XLVII, num. 7, che sieno reali ed affettanti direttamente lo stabile. L'acquirente deve prenderne cura, ed in difetto dovrebbe sottostare all'efficacia loro quando in progresso di tempo venissero esercitati dai proprii autori.

Quanto al privilegio delle spese giudiziali fatte in pro de' creditori, vedremo sotto il vegnente § LXXVI.

L'istanza per la convocazione del giudizio d'ordine dev'essere proposta anche in confronto dell'espropriato, sia egli un terzo possessore o lo stesso debitore; perchè l'uno e l'altro hanno interesse d'opporsi alla liquidità delle ipoteche insinuate, onde conservare le propric ragioni sul residuo prezzo, e, facendo collocare utilmente i veri creditori, diminuirne le residue pretese. Oltre di che il § 8 della succitata sovrana Risoluzione (seguente § LXXI) abilitando il *debitore pignorato* di dare a protocollo la sua dichiarazione in ordine alla liquidità e sussistenza dei crediti insinuati, chiaramente dimostra come sia necessario che sia citato l'espropriato in questo giudizio.

3. Colui che intende promuovere il giudizio di graduazione deve giustificare e corredare la sua domanda nei modi proposti dal presente §: deve cioè giustificarla coi ricapiti comprovanti l'aggiudicazione o col decreto approvante l'atto della seguita giudiziale subasta; perocchè senza il precedente della espropriazione giudiziale coattiva non si può dar adito a simile procedura. E nell'alludere in genere la legge al decreto d'aggiudicazione, comprese tanto il decreto d'aggiudicazione susseguente al decreto di delibera, quanto al decreto d'assegno esecutivo, perchè con quel nome comune furono quei decreti indicati nei §§ 391, 420 e 439 del Regolamento giudiziario. Devesi corredare quella domanda coll'estratto rilasciato dal Conservatore delle ipoteche, e colla nota dei creditori inscritti, e presentare un libello in triplo con altrettante rubriche quante sono le persone da citarsi oltre il primo nominato. Deve poi risultare dai ricapiti dell'aggiudicazione e della delibera l'identità del fondo alienato, con quello che appare ipotecato ai creditori da citarsi, avvegnachè si tratti della distribuzione del prezzo del fondo alienato, e non di altri stabili estranei.

Alquanto diverse da quelle nostre leggi sono le disposizioni del Codice

di procedura civile del cessato Regno d'Italia, che qui giova di sommariamente ricordare. Art. 749: Entro un mese dalla notificazione della sentenza di aggiudicazione i creditori e la parte pignorata sono tenuti di convenire fra di loro sulla distribuzione del prezzo. Art. 750: Spirato il mese senza che la parte pignorata ed i creditori siansi convenuti, il pignorante entro giorni otto, ed in di lui mancanza, e scorso questo termine, il creditore più sollecito o l'aggiudicatario insta per la nomina di un giudice delegato, davanti a cui procedere alla graduazione. Art. 751: Si tiene a questo effetto in cancelleria un registro delle aggiudicazioni, sul quale la parte instante per la graduazione scrive la domanda, in seguito a cui il presidente del tribunale nomina il giudice delegato. Art. 752: La parte instante ottiene dal giudice delegato un'ordinazione, colla quale viene aperto il processo verbale di graduazione, al quale va unito un estratto rilasciato dal Conservatore delle ipoteche contenente tutte le inscrizioni esistenti. Art. 753: In forza dell'ordinazione del giudice delegato sono citati i creditori a produrre i loro documenti. La citazione si fa con atto notificato ai rispettivi domicilii eletti nelle inscrizioni, o a quello de' loro patrocinatori, che avessero costituito (1).

Questa ultima disposizione subì un'importante modificazione presso di noi, per il § seguente.

§ LXIX.

Nello stesso libello si dee indicare con precisione l'attuale domicilio delle persone da citarsi, o se questo è ignoto, la citazione deve farsi mediante editto e alla persona di un curatore da delegarsi dal giudice. L'intimazione si eseguirà nei modi prescritti dal Regolamento generale del processo civile per l'intimazione del primo decreto, ed un esemplare del libello coi documenti verrà depositato in cancelleria a comodo degli aventi interesse, che ne potranno ottenere l'ispezione e la copia sopra domanda, colla comminatoria ai creditori inscritti da inserirsi nel decreto e nell'editto, che non insinuandosi, verranno esclusi da ogni diritto ipotecario esercibile sul fondo. Viene però riservato al creditore che per un impedimento inevitabile non potesse comparire in giudizio nel termine fissato, il diritto di produrre nei successivi giorni quattordici in iscritto ovvero in voce la sua giustificazione.

Arg. dai §§ 1, 2, 5 e 6 della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820, e dai §§ 491-504 del Regolamento giudiziario.

(1) Corrispondono a questi articoli con poco divario gli art. 822-826 del Cod. di proced. piemontese e più davvicino gli art. 907-911 del Cod. di proced. modenese.

SOMMARIO

1. Come dev'essere fatta l'intimazione ai creditori.
2. Delle altre pratiche volute dal §.

1. Dicemmo della necessità giuridica di convocare i creditori, l'espropriato, o il debitore e l'acquirente a questo giudizio d'ordine: ora vediamo in qual modo si debbano citare.

Prima che uscisse la sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 era già invalsa la pratica che queste citazioni non si facessero altrimenti che nella forma usuale voluta dal Regolamento del processo civile, e non già al domicilio fittizio eletto nell'iscrizione, come volevano gli articoli 2156 e 2183 del Codice civile francese (1): il che si rileva dalla sentenza 23 settembre 1817 dell'Appello lombardo, riferita dallo Zini (2). Venne la legge del 1820 a confermare quell'osservanza pratica e a mantenere l'importante distinzione usitata dal Regolamento giudiziario: se cioè il domicilio delle persone da citarsi sia noto, ovvero ignoto. Se noto, disse ella nel § 1 che debbano citarsi *nella forma ordinaria*; e l'autore del libello deve *indicare con precisione nel libello stesso e nelle relative rubriche l'attuale domicilio dei creditori, e nel caso di morte di essi, quello dei suoi eredi*; e nel § 2 soggiunse che *le citazioni saranno fatte alla persona del creditore conosciuto, a termini del vegliante Regolamento giudiziario.* Queste disposizioni si richiamano nei seguenti §§ 5, 6, 12, 14, 15, 19, 20, 21 e 22. Ond'è che crediamo giustificata la prima proposizione del presente nostro §.

Se le persone da citarsi sono assenti o d'ignota dimora, la stessa sovrana Risoluzione prescrive che la citazione debba farsi *mediante editto* (§ 1), *e alla persona di un curatore da delegarsi dal giudice.... Gli editti si pubblicheranno nelle forme prescritte dal Regolamento giudiziario civile.... L' affissione degli editti avrà luogo alle porte della prima istanza avanti cui si procede, nel capoluogo della provincia e nel comune ove sono situati i beni; s'inserirà per tre volte, cioè una volta per ciascuna delle tre settimane successive, nel foglio periodico che si stampa nella provincia, od in mancanza di questo nella gazzetta del luogo di residenza dell'imperiale regio Governo e dovrà sempre rimettersene un'esemplare all'imperiale regio ufficio fiscale.*

Conforme è pure la dottrina legislativa del Regolamento giudiziario

(1) Corrispondono gli articoli 2258-2306 del Cod. albertino; art. 823 del Cod. process. piemontese; art. 907 del Cod. process. modenese; art. 1222 del Cod. civ. modenese; art. 2080 e 2082 Codice siciliano; articolo 2221 Cod. parmense; art. 189, Regol. ipotec. gregoriano; art. 155, Motuproprio toscano.

(2) Zini, Giurispr, prat. an. 1817 vol. 4. part. 1 pag. 58 e segg.

sia per riguardo all'intimazione delle sentenze (§ 317) che all'intimazione dei primi decreti (§§ 491-504).

Il § 100 dello stesso Regolamento, come vedremo anche nel successivo nostro § LXXIV, coincide con questa dottrina: perciocchè il curatore della massa concursuale ha ivi l'obbligo di notificare l'aprimento del concorso ai creditori inscritti, *precisamente nel modo stesso nel quale ad un reo convenuto a misura della sua assenza o presenza deve venir intimato il primo libello giusta il disposto del capitolo XXXVI* (ossia dei citati §§ 491-504).

2. Un'esemplare del libello spiegato da colui che domanda l'aprimento del giudizio d'ordine, munito dei documenti di cui si disse nel § LXVIII, dev'essere depositato in cancelleria a comodo degli aventi interesse, che ne potranno ottenere l'ispezione e la copia sopra domanda. Disposizione pressochè identica nello scopo con quella degli articoli 751 e 752 del Codice di procedura civile del cessato regno d'Italia (1).

Il decreto allegato al libello e alle relative rubriche, e l'editto da pubblicarsi per gli assenti e d'ignota dimora, devono contenere la comminatoria ai creditori inscritti, che non insinuandosi, verranno esclusi da ogni diritto ipotecario esercibile sul fondo, il cui prezzo s'intende di ripartire in questo giudizio.

Questa comminatoria è provvida, perchè, dovendosi fare la citazione personalmente ai creditori, è bene che gli inesperti delle cose foresi si facciano capaci delle conseguenze della loro inazione.

La legge per un altro benigno riguardo d'equità, accorda una dilazione di quattordici giorni a quel creditore, che per un impedimento inevitabile non potesse comparire in giudizio nel termine fissato nel decreto e nell'editto: affinchè possa giustificarsi mediante domanda, da prodursi a voce o in iscritto. Questa disposizione è in correlazione con quella generale della restituzione in intero *ob lapsum temporis*: perchè nel § 476 del Regolamento giudiziario s'accorda pure alla parte senza di cui colpa sarà scaduto un termine: e nel seguente § 477 gli si fa obbligo di domandarla entro quattordici giorni dopo che sarà scaduto il termine perentorio, altrimenti non sarà più ascoltata. E meglio ancora nel § 127 dello stesso Regolamento in proposito della classificazione dei creditori concursuali, che è cosa analoga alla graduatoria, si ripete che la restituzione in intero deve essere cercata nel termine medesimo a contare dalla scadenza del termine assegnato alle insinuazioni. E questo serva di premessa per escludere nel creditore il diritto di domandare una proroga all'accennato termine: perchè in virtù del § 508 dello stesso Regolamento non si potrebbe accordarla dove la legge pone un termine perentorio, ossia espressamente ordina che dopo la scadenza del termine stabilito la parte non venga più ascoltata.

(1) Vedi § LXVIII. n. 3.

Se però il creditore comparisse in giudizio prima che fosse conchiuso o fossero sottoposte le deduzioni degli altri creditori alla decisione del giudice, egli dovria essere ammesso all'insinuazione, per argomento dal successivo § 514, ove saria ammesso finchè il giudizio è aperto e fino nel giorno stesso in cui la parte contraria fa uso avanti al giudice del diritto che le deriva dalla scadenza del termine.

Questa conclusione è accettata anche nella pratica francese, assai più ligia alle forme processuali che la nostra: però ella propone nell'art. 757 del suo Codice di procedura civile questo giusto temperamento: che i creditori i quali avessero fatte le produzioni dopo scaduto il termine prefisso, devono, senza diritto di ripetizione nè d'imputazione in qualsivoglia caso, soggiacere alle spese cagionate dalla ritardata produzione, e dalla relativa denunzia fatta ai creditori. Sono inoltre responsabili degli interessi decorsi dal giorno che questi sarebbero cessati, se la produzione fosse stata fatta nel prescritto termine E difatti dalla tardanza dell'uno, non devono sentire alcun danno gli altri creditori.

§ LXX.

Il giudice in vista del presentato libello, avuto riguardo alla distanza del domicilio dei citati creditori, assegnerà il giorno e l'ora in cui dovranno comparire in giudizio per insinuare e comprovare i titoli del loro credito; incumberà perciò al giudice di eseguire colla più pronta sollecitudine l'intimazione dei decreti alle parti ne' modi prescritti dal Regolamento giudiziario.

§ 7 *della sovrana Risoluzione* 31 *luglio* 1820.

§ LXXI.

Le insinuazioni dei crediti in detto giorno ed ora si faranno al protocollo della commissione; ogni creditore farà separatamente la sua, e produrrà i relativi originali documenti giustificanti il credito, colla domanda che sia riconosciuto e graduato alla tale epoca o luogo in conformità alla natura e data del titolo: sarà poi facoltativo al debitore pignorato ed ai creditori di dare a protocollo la loro dichiarazione in ordine alla liquidità e sussistenza dei crediti insinuati; riguardo poi alla quistione, se competa o no al creditore il diritto reale e la classe addomandata, dovendosi rispetto all'una e all'altra proferire formale giudi-

zio di graduazione, potranno essi addurre tutte le eccezioni che a tal uopo reputassero necessarie; restano però limitate le rispettive deduzioni di ciascuna delle parti a due atti e non più.

Il giudice, esposto di caso in caso succintamente e con precisione lo stato dell'affare, procurerà di mettere d'accordo le parti, conformandosi però al prescritto § 347 del generale Regolamento giudiziario. Nel caso poi che la liquidazione, attesa l'indole dei titoli ed il numero dei creditori, non potesse essere portata a termine nel giorno stabilito, dovrà la commissione progredire alla liquidazione nei giorni successivi sino al finale esaurimento dell'affare.

§ 8 *della sovrana Risoluzione* 31 *luglio* 1820.

§ LXXII.

Chiuso il processo verbale, la prima istanza dovrà pronunciare la graduazione dei creditori, che si dovrà stendere secondo la priorità di diritto risultante dai prodotti titoli e relativi documenti. Se il credito professato fu riconosciuto liquido dai creditori e dal debitore pignorato all'atto del processo verbale, oppure altrimenti comprovato, in modo che il giudice a termini del § 385 del Regolamento giudiziario potrebbe senz' altro accordare l'esecuzione, si farà nella classificazione l'analoga annotazione. Nel caso opposto della non riconosciuta o non comprovata liquidità, sarà rimesso il creditore al competente giudizio per la previa liquidazione ed aggiudicazione del vantato credito. Qualora il prezzo del fondo superasse l'importo delle ipoteche, compresi gli interessi, non avrà luogo la graduazione.

Arg. dai §§ 9 *e* 10 *della sovrana Risoluzione* 31 *luglio* 1820.

SOMMARIO

1. Il giudice nella graduatoria non dee pronunciare sulla liquidità dei crediti insinuati, ma semplicemente constatare i liquidi e gli illiquidi, e pronunciare in via ipotetica sul grado dell'ipoteca accessoria.
2. Possono gli interessati impugnare non solo il grado, ma anche la sussistenza reale dell'ipoteca d'un creditore insinuato.

1. In questo giudizio non si devono liquidare le pretese insinuate, ma solo le liquide riconoscere, e le illiquide rimettere ad uno speciale giudizio: perchè l'economia del processo e il vantaggio di liberare l'acquirente dalle ipoteche inscritte; e di soddisfare ai crediti liquidi degli altri creditori col prezzo offerto dall'acquirente, suggeriscono appunto questo ripiego. Però delle pretese illiquide non si deve omettere assolutamente qualche indagine; che anzi importa essenzialmente all' economia del giudizio d'ordine che si prendano in considerazione sotto di un certo aspetto. Siccome nella graduazione non ottengono alcun grado, alcuna collocazione quelle pretese le quali non fossero munite della realità dell'ipoteca o del privilegio: così il giudice può bene lasciar sospeso il giudizio in merito alla liquidità della pretesa stessa, ossia del credito personale, lasciandolo nel suo stato ipotetico: e insieme considerare se sia confortato da una valida ipoteca, o da un evidente privilegio. Può egli ben dire: se il credito di Tizio è vero, e se è della tal somma da lui richiesta, vediamo se la ipoteca accessoria sia valida, ed abbia la priorità professata.

La legge del presente § giustifica questa distinzione: e l'economia del giudizio d'ordine la richiede come necessaria.

Dice la legge: se il credito professato fu riconosciuto liquido;...... nel caso opposto della non riconosciuta o non comprovata liquidità, sarà rimesso il creditore al competente giudizio per la liquidazione del vantato credito. Ma la stessa legge ha pur detto senza riserva: chiuso il processo verbale, la prima istanza dovrà pronunciare la graduazione dei creditori, la quale si dovrà stendere *secondo la priorità di diritto risultante* dai prodotti titoli e dai relativi documenti.

Può dunque e deve il giudice pronunciare in via ipotetica della priorità d'un credito ipotecario o privilegio che non fosse liquido, avvertendo nella sentenza aver obbligo il creditore di far liquidare il credito illiquido.

Ma la graduatoria deve portare una speciale constatazione della priorità di diritto della pretesa illiquida: e nel posteriore giudizio di liquidazione si dee prendere esame soltanto della liquidità del credito, e non già della priorità accessoria. Interessa altresì all'economia del giudizio d'ordine che ciò si faccia; perciocchè se la graduatoria non pronunciasse sulla priorità del credito illiquido e quindi ipotetico, ella stessa non potria sortire alcun effetto, ma dovrebbe rifarsi una seconda volta dopo che i crediti illiquidi fossero stati accertati, e dovria pronunciare sulla priorità propria di ciascuno di essi; e pronunciare non potrebbe se non in confronto di tutti i creditori aventi interesse di oppugnarla: quindi bisognerebbe tornar da capo con una convocazione generale di tutti costoro: e nel caso che quella collocazione non piacesse, dovriasi tornar da capo colle querele di priorità o di nullità. Epperciò la prima graduatoria tornerebbe inconcludente, perchè non esibirebbe

il prospetto generale di tutte le pretese collocate utilmente sul prezzo: nessuno potrebbe con sicurezza accertarsi del grado utile di ciascuna pretesa, e l'acquirente non potrebbe sapere a chi potesse e a chi non potesse pagare il prezzo dovuto.

2. È in questo giudizio che quasi tutta la dottrina ipotecaria si ventila, secondo che interessa ai creditori di distruggere o indebolire il diritto d'ipoteca e la priorità inerente alle pretese de' concorrenti.

Possono gli altri creditori, o l'espropriato, impugnare non solo il grado d'un'ipoteca insinuata, ma fin'anco la sua sussistenza reale, fatta astrazione dalla sussistenza e liquidità del credito al quale ella è accessoria: come avverrebbe nel caso che fosse stata costituita sulla proprietà aliena verso di quella del costituente, ó fosse stata risolta in seguito per una causa preesistente, necessaria e reale (1); ovvero fosse stata costituita da persona inabilitata e incapace a concederla (2): o la relativa inserizione o prenotazione peccasse d'un vizio sostanziale che desse diritto ai terzi di impugnarne l'efficacia (3); e se fosse stata rinnovata fuor di tempo, non potesse valere nemmeno come prima ed originaria inscrizione (4).

E non v'ha dubbio, secondo l'espressa disposizione del precedente §, che ci può essere contestazione in questo riguardo *se competa o no al creditore il diritto reale* oltre la classe addomandata, e che si debba *rispetto all'una e all'altra proferire formale giudizio di graduazione;* e di più che tutti gli interessati possano *addurre tutte le eccezioni, che a tal uopo reputassero necessarie.*

§ LXXIII.

La graduatoria dei creditori si dovrà intimare per esteso al primo nominato nel libello, ed a ciascun creditore per estratto la sua graduazione, colla facoltà di vedere la generale graduazione presso il primo nominato, e di prenderne copia nella cancelleria, coll'avvertenza che nel termine di giorni trenta proponga, volendo, con formale petizione la sua dimanda nelle vie regolari, sotto la comminatoria che altrimenti la graduazione si riterrà approvata. Venendo introdotto il giudizio, si procederà colle norme stabilite dai §§ 129 sino al 136 inclusivo del Regolamento del processo civile.

§ 9 e 11 *della sovrana Risoluzione* 31 *luglio* 1820.

SOMMARIO.

1. Remissive al § seguente num. 4.

(1) §§ XIII-XV.
(2) § XI e XII.
(3) § XXIV e XXXIV.
(4) § XLIX, num. 7.

1. La procedura ipotecaria dopo la graduatoria uscita sull'esecuzione parziale di un fondo, è affatto simile a quella che si continua dopo la classificazione generale dei creditori concorrenti in un processo editale; per la qual ragione ci proponiamo di trattare nel successivo § (num. 4) tutte le quistioni comprese nella sfera del presente.

§ LXXIV.

I diritti e gli obblighi dei creditori ipotecarj in caso di processo edittale sono determinati nel capitolo IX del vigente Regolamento giudiziario.

Arg. dal § 470 del Codice civile generale austriaco.

SOMMARIO

1. Del processo edittale: differisce dal giudizio d'ordine perchè generale a tutti i creditori e a tutta la sostanza del debitore; ma è della stessa natura. Quando, dove e come si apre. Della citazione dei creditori.
2. Dell' amministrazione della sostanza concorsuale, del sequestro, della stima e della vendita di essa, specialmente in riguardo ai beni stabili.
3. Della liquidazione e della classificazione e graduatoria delle pretese ipotecarie.
4. Delle petizioni e delle querele di priorità si nel giudizio concorsuale che nel giudizio d'ordine.
5. Dell'avocazione del prezzo del fondo eseculato parzialmente all' amministrazione concorsuale.

1. Tra il giudizio d'ordine e il processo edittale ci ha questa differenza: che il primo si limita a regolare i rapporti esistenti solamente fra i creditori aventi un diritto sul fondo ipotecato, e solamente per riguardo all' utilità di questo fondo; nel processo edittale vengono invece tutti i creditori sopra tutto il patrimonio del debitore; perlochè questo giudizio come più generale comprende quello di sfera più limitata. Del resto la natura d'ambedue è pressochè l'identica, e quindi è retta promiscuamente dagli stessi principii.

Il Regolamento giudiziario, dicesi nel § 470 del Codice civile, determina i diritti di priorità dei creditori in caso di concorso. Vediamone le disposizioni. Il concorso si apre nel caso che consti dell' incapacità del debitore a pagare i suoi debiti (§ 74-76 del Reg. giud.), e per ufficio del giudice, al quale l' oberato è sottoposto in riguardo alla sua qualità personale (§ 70). Quando però l'oberato possiede anche in altre

provincie dei beni immobili, si deve in ciascuna provincia, per rapporto al patrimonio in beni mobili ed immobili ivi esistente, aprire il concorso avanti al giudice di quel luogo, al quale l'oberato sarebbe soggetto in ordine alla sua qualità personale, se egli dimorasse in quella provincia (§ 71).

Però nella nuova Norma di giurisdizione, pubblicata dalla sovrana Patente 20 novembre 1852, si derogò in parte a queste disposizioni collo stabilire nel suo § 69, il concorso contro gli abitanti delle città, in cui risiede un tribunale provinciale, deve aprirsi presso quest'ultimo, e contro altre persone, di regola presso la pretura, nel cui circondario l'oberato ha il suo ordinario domicilio, e si estende sempre a tutta la sostanza mobile dell'oberato, in qualunque luogo si trovi, ed alla immobile situata nel Regno lombardo-veneto. Per i fallimenti rilevanti, il giudizio superiore, dietro istanza dell'oberato o dei creditori, oppure anche dietro proposta delle autorità inferiori, può delegare per la trattazione del concorso il tribunale provinciale nel cui circondario l'oberato ha il suo domicilio.

E nel § 70: se un fallito, sulla cui sostanza venne aperto il concorso fuori del Regno lombardo-veneto, possiede beni immobili in questo Regno, vi si dovrà aprire un concorso speciale per tali beni. Se i beni immobili sui quali deve aprirsi il concorso, sono situati in diversi giudizii, ha luogo il diritto di prevenzione. » § 71. La procedura concursuale riguardo ai commercianti, fabbricatori, come pure a società di guadagno ed associazioni di azionisti a quelli parificate, spetta al tribunale di commercio, quand'essi sieno nel luogo ove questo risiede, ed altrimenti al senato di commercio nel cui circondario risiedono. » (1).

Il Regolamento giudiziario determina eziandio le formalità richieste per l'aprimento del concorso, cioè mediante la pubblicazione dell'editto che si spedisce per la convocazione dei creditori (§ 78): e per gli effetti civili che proseguono si ritiene aperto col principio del giorno della pubblicazione dell'editto stesso, senza riguardo all'ora in cui avvenisse (2). Il giudice deve ancora contemporaneamente all'aprimento del concorso, mediante la pubblicazione dell'editto, diffidare tutti quelli che hanno qualche pretensione contro l'oberato ed intimare loro d'insinuare ad un certo determinato giorno le loro ragioni, qualunque ne sia il fondamento, sotto la comminatoria che eglino in caso diverso verranno esclusi dalla sostanza soggetta attualmente al concorso, o che verrà in seguito ad aggiungersi, in quanto la medesima si troverà esaurita dai creditori che saranno comparsi, non ostante che loro competesse sopra un effetto esistente nella massa il diritto sia di dominio, sia di pegno, o avessero il diritto di compensazione, per modo che in quest'ultimo caso sono tenuti

(1) Il territorio del tribunale di commercio è quello della provincia, secondo il § 12 di questa stessa legge.

(2) Sovrana Risoluzione 9 maggio 1846 Notificazione governativa lombarda e veneta 25 luglio 1846.

a pagare il debito loro rispettivo verso la massa (§ 79). Il giorno, sino al quale i creditori devono produrre le loro pretese, si prefigge dal giudice in vista delle circostanze; mai però ad un termine maggiore di sei mesi, nè ad uno minore di giorni trenta, comprese sempre le ferie (§ 80). L'editto si affigge e si pubblica come è di stile in ciascun luogo (§ 81).

Ogni qualvolta che si apre il concorso deve il giudice costituire senza dilazione un difensore della massa, ossia curatore alle liti (§ 99); il quale ha l'obbligo d'indicare al giudice quei creditori che sono prenotati (1) nei pubblici registri, affinchè possa loro venire in ispecialità notificato l'aprimento del concorso, ed il termine stabilito all'insinuazione, e precisamente nel modo stesso nel quale ad un reo convenuto a misura della sua assenza o presenza deve venir intimato il primo libello, giusta il disposto del capitolo XXXVI dello stesso Regolamento (§ 100).

Diverse sono le contingenze di fatto in questo processo edittale da quelle del giudizio d'ordine; ma nell'uno, verificatasi l'insufficienza della sostanza del debitore, nell'altro l'insufficienza del prezzo del fondo venduto all'asta giudiziale, s'invitano con intimazione speciale i creditori inscritti a concorrere per l'equa partizione della sostanza esecutata.

E per questo riguardo valga ciò che dissimo nel § LXVII riguardo alle formalità di questa intimazione.

2. Provveduto all'indennità de' creditori coll'averli notiziati dell'aprimento del concorso, la legge stabilisce: dal giorno in che il concorso sarà aperto, non potrà alcun creditore ottenere validamente sopra la sostanza dell'oberato nè notifica, nè ipoteca, o qualunque siasi altro mezzo di assicurazione (§ 83 del Reg. giudiz.)

Quando si apre il concorso si deve eziandio nominare un amministratore, il quale assuma tantosto sopra di sè l'amministrazione di tutta la sostanza soggetta al concorso. A tal fine dovranno in giornata convocarsi i creditori noti e presenti nel luogo del giudizio. L'elezione si pratica da essi a pluralità di voti: che se vi fosse pericolo nel ritardo, per cui non si desse luogo a sentire i creditori, deve il giudice nominare l'amministratore de' beni anche *ex officio*, destinando a tal uopo un uomo probo e domiciliato nel paese (§ 84), e deve nell'editto convocare per un giorno determinato (il quale però dovrà fissarsi al di là del termine stabilito per le insinuazioni) tutti i creditori per trattare tra di loro dell'elezione d'un amministratore, e della delegazione dei creditori (§ 81). Questa elezione si fa a pluralità di voti dei creditori presenti, da computarsi in proporzione dell'importo delle da essi insinuate ragioni (§ 87). Nella medesima sessione e nello stesso modo si deve eleggere una delegazione e deter-

(1) Per creditori prenotati s'intendono anche gli inscritti assolutamente: aulico decreto 7 aprile 1785. Giordani a questo § 100.

minare ad un tempo le facoltà che ad essa avranno a competere nella spedizione degli affari del concorso, ed in quanto l'amministratore sarà vincolato alle determinazioni della delegazione. Senz'altro però sarà l'amministratore dei beni tenuto a rendere i conti alla delegazione, ed essa avrà da fare su di essi o giudizialmente o stragiudizialmente i rilievi, o pure confermarli, senza però che per questo sia agli altri creditori tolto il diritto di chiedere anche da parte propria l'ispezione di questi conti (§ 88). Alla delegazione non può essere nominato se non chi ha per sè stesso un credito verso la massa, ma non è del resto nessuno obbligato assoggettarsi, contro sua voglia, all'elezione. Se la scelta cadesse sopra un creditore che fosse forestiere, non si potrà essa mandare ad effetto, se non se quando egli si obbligasse a dimorare nel luogo in cui si tratta il concorso, fino a tanto che lo stesso è per durare (§ 89). Se i creditori non volessero nominare l'amministratore ovvero la delegazione, come pure se niuno di essi sarà comparso nella giornata, il giudice dovrà fare tale nomina a loro pericolo; ma se i voti dei presenti fossero eguali, il giudice confermerà uno dei proposti soggetti a suo arbitrio (§ 90).

Nell'atto stesso che si apre il concorso deve il giudice ordinare il sequestro, la descrizione e la stima immediata di tutta la sostanza del debitore, per quanto a lui spetta l'aprire su di essa il concorso. Quando i beni immobili dell'oberato situati nella medesima provincia sono sottoposti alla giurisdizione di altro giudice, il giudice del concorso, col mezzo di lettere requisitoriali, deve farne di ciò a lui la ricerca, ed il giudice requisito conformarvisi senza ritardo e rimettere il compimento dell'affare al giudice del concorso (§ 93).

Trattandosi nel concorso dell'esecuzione di tutta la sostanza del debitore bisognava cominciare co' primi due gradi esecutivi: quali sono il pignoramento e la stima: de'quali dissimo ne' superiori §§ LVIII-LX. Indi si procede al terzo atto esecutivo.

Dovendosi descrivere e stimare un fondo appartenente alla massa di concorso, si dovranno rendere intesi i creditori inscritti sul fondo medesimo, come anche il debitore, del giorno, dell'ora e del luogo a ciò destinati, ed essere loro notificati i periti scelti dal giudice, affinchè avendo eglino contro alcuna delle nominate persone eccezioni da fare, possano venir dal giudice sostituiti degli altri; dovendosi del resto questa descrizione e stima senza altro eseguire nel giorno a ciò destinato e notificato, quand'anche non comparisse alcuno dei creditori e nemmeno il debitore (§ 94).

I periti dovranno descrivere il fondo appartenente al concorso tanto in genere e per intero, come ancora nelle sue singole parti, delle quali è composto; primieramente dovranno rilevare il valore che il fondo ha nel suo totale, quando esso restasse unito, e poscia nel caso che ne fosse praticabile la divisione, notare in quante parti e in qual maniera esso possa venire diviso senza diminuire il valore di tutto il fondo, ed esporre l'importo di ciascuna di queste porzioni in particolare (§ 95).

Sopra ciascuna di queste descrizioni e stime è facoltativo a ciascun creditore presente, e così ancora al debitore di dare ai periti i ricordi: questi si dovranno marcare nel protocollo unicamente coll'avvertenza, se ed in quanto di essi ne avranno i periti fatto uso, oppure per qual motivo ad essi non siasi avuto riguardo. Nè il debitore, nè gli uffiziali agenti sul fondo potranno denegare ai periti alcuna notizia interessante per la stima, nè l'ispezione dei conti originali di molte annate, quando eglino la ricercassero (§ 96).

Ottenuta la sequestrazione e la stima della sostanza dell'oberato, se ne viene a realizzare il valore, onde poscia sparlirlo in proporzione fra i creditori concorrenti. Quindi è che lo stesso Regolamento giudiziario dà le seguenti determinazioni per la vendita giudiziale.

L'amministratore confermato o nuovamente eletto avrà cura, acciocchè segua senza ritardo la vendita all'asta giudiziale della residua sostanza, *ed in ciò si osserverà l'ordine prescritto nel capitolo dell'esecuzione.* Allorchè però s'intraprenderà la vendita di un fondo stabile, se ne dovranno rendere intesi tanto i creditori prenotati, come anche tutti gli altri creditori, oppure se questi non sono presenti nel luogo del giudizio, i loro procuratori, del giorno, dell'ora, e del luogo della vendita, affinchè possano intervenirvi, e colle proprie oblazioni riparare il loro danno (§ 139).

Valga adunque ciò che dissimo a comento del superiore § LXI sulla notificazione della vendita da farsi ai creditori ipotecarj, colle differenze che ivi accusammo esistere in proposito tra la vendita per l'esecuzione singolare, e quella del concorso (n. 7), circa la convocazione dei creditori nel caso che dopo la seconda e dopo la terza licitazione non si trovassero compratori al prezzo di stima, secondo la disposizione del § 140 del Regolamento giudiziario.

Ciò che alla prima od anche alla seconda apertura dell'asta non potrà essere venduto per lo meno al prezzo della stima, dovrà essere conservato finchè sia formata la classificazione e che saranno decise le competenze di prelazione. Dopo questo però si venderanno all'incanto al maggior offerente, e senza riguardo alla stima, tutti i residui effetti mobili, e per conseguenza anche le azioni attive ed altri crediti della massa non ancora riscossi, semprechè i creditori da sentirsi previamente non volessero accettarli in pagamento (§ 141).

Se ancora al terzo incanto rimanesse un fondo stabile della massa, che indiviso non potesse venir alienato al prezzo della stima, si dovranno in questo terzo incanto proporre alla vendita le singole parti del fondo, e sì tosto che per tal vendita si possa ricavare l'importo della stima in totale, si dovrà senz'altro conchiudere il contratto col maggior offerente (§ 142).

Se non si ritrovasse al terzo incanto compratore del fondo nè in totale nè in parte al prezzo della stima, ed i creditori prenotati sino alla

stima avessero concordemente dichiarato nella giornala destinata in conformità del § 139 di accettare il fondo al prezzo della stima, si dovrà tostamente accordare loro l'assegno del fondo al prezzo della stima in luogo di pagamento, ed in seguito dipenderà unicamente da loro, senza che il giudice più vi si possa frapporre, il determinare il modo di amministrarlo, di percepirne i frutti e come ricavarne il pagamento (§ 143).

Non convenendo unanimemente i creditori sino alla stima prenotati nel divisamento di accettare il fondo in assegno al prezzo di stima, e ritrovandosi al terzo incanto oblatori offerenti un prezzo inferiore alla stima, si dovrà senza altro rilasciare il fondo al maggior offerente, non avuto riguardo alla stima, quand'anche egli fosse il solo che avesse fatta un'oblazione (§ 144) (1).

Se all'incontro al terzo incanto non venisse fatta oblazione alcuna, si dovrà ripetere la subasta di tre in tre mesi, sino a che verrà fatta un'offerta, e per l'incanto si dovranno scegliere quelle epoche di tempo nelle quali non sianvi particolari ostacoli alla distrazione dei beni stabili, ed in questo incanto si procederà nel modo stesso che si è prescritto pel terzo incanto (§ 145).

Se qualcheduno avrà acquistato in proprietà un bene stabile della massa in qualunque modo legittimo, il giudice dovrà fargli tenere il documento che sarà necessario all'effetto dell'acquisizione del dominio (§ 146).

3. Perchè le pretese de' creditori concorrenti possano essere soddisfatte sulle sostanze avocate al concorso, fa d'uopo che sieno liquidate nell'entità loro, e utilmente graduate secondo la prevalenza rispettiva.

Il giudice, secondo che è stabilito nel § 98 del Regolamento giudiziario, può sperimentare anche la via amichevole, quando si manifestasse fondata speranza di potere in qualche modo ultimare l'affare di consentimento di tutti gli interessati: quando questo non si potesse ottenere, deve passare alla liquidazione regolare del concorso.

Il curatore assunto alle liti, ricevuto il decreto di nomina, dovrà progredire indilatamente alla liquidazione coi creditori che saranno noti; e col rimanenti a misura che s'insinueranno (§ 101).

Sono tenuti ad insinuarsi entro il termine prefinito dall'editto tutti i creditori; in caso contrario non saranno più ascoltati in ordine ai beni della massa, quand'anche eglino avessero contro l'oberato ottenuta già una sentenza, o loro competesse l'azione di compenso, o che avessero a

(1) Però fu giudicato che un terzo esperimento d'asta di stabili appartenenti ad una massa concorsuale e deliberati senza riguardo alla stima, fosse nullo o di niun effetto se a termini del § 141 del Regolamento giudiziario *non venne intimata a tutti i creditori la classificazione;* e tale nullità potesse essere provocata da qualsiasi creditore con semplice istanza al giudice del concorso. Decreto 10 marzo 1852 della pretura di . . . . . confermato dall'Appello lombardo il 22 luglio 1852. *Gazzetta de' trib. di Milano* anno 3, 1853 num. 20.

ripetere dalla massa un bene loro appartenente in proprietà, ovvero fosse assicurato il credito con pegno; per conseguenza se fossero ad un tempo debitori verso la massa, saranno tenuti a pagare il debito, non atteso il diritto di compensazione, proprietà od ipoteca che altrimenti loro avrebbe competuto (§ 110); ad eccezione de' commercianti che avessero corrispondenza di debito e credito in base a regolari registri, o avessero in pegno delle cambiali accettate dai terzi (§ 111 e 112).

Nei §§ 102 al 108 dello stesso Regolamento si determinano le modelità secondo le quali si devono fare le insinuazioni e le liquidazioni: il creditore insinuante dovrà dedurre e provare non solo la liquidità, ma anche il diritto, in virtù del quale dimanderà di essere collocato in tal classe od altra, oppure come proprietario preferito ad ogni altro creditore (§ 105).

D'ogni insinuazione si proferisce rispetto alla liquidità, e si intima una particolare sentenza: riservato alla susseguente classificazione di stabilire l'anteriorità della medesima. Contro la sentenza riguardante la liquidità del credito è libera tanto al creditore, come al curatore la via dell'appellazione, in caso che l'uno ovvero l'altro si credesse gravato. Se in prima istanza fosse stata denegata la liquidità della pretensione di un creditore, la quale poscia venisse ammessa per sentenza del giudice posteriore, dovrà il giudice di concorso, senza attendere il ricorso del creditore, decretare e disporre in modo che questa pretensione sia inserita nella classificazione, e questa aggiunta venga notificata a ciascun creditore, il quale venisse o parificato o posposto al creditore di nuovo compreso (§ 109).

Quando sopra tutte le insinuazioni, che saranno state fatte negli atti fino alla scadenza del termine prefinito nell'editto, si saranno proferite le sentenze, si dovrà formare la classificazione di tutti i creditori insinuati. Allora soltanto che la classificazione per causa di uno ovvero dell'altro processo d'insinuazione venisse a ritardarsi, è in libertà dei creditori, quando eglino sieno intorno a ciò d'accordo, di assicurare l'importo di codesta pretensione, e di chiedere, previa questa offerta, la classificazione (§ 113).

Nella classificazione deve il giudice attribuire a ciascun creditore il diritto che gli compete secondo la legge, ed egli riguardo alla priorità non è obbligato a stare all'ammissione espressa o tacita del curatore della massa (§ 115).

La classificazione o sia graduazione dei creditori si dovrà rimettere per esteso al patrocinatore della massa ed all'amministratore; inoltre si comunicherà a ciascun creditore per estratto la sua graduazione, colla facoltà al medesimo di vedere la classificazione generale presso il patrocinatore ovvero l'amministratore della massa, o di prenderne copia dalla cancelleria (§ 114).

Nella classificazione si deve dichiarare ancora che saranno esclusi senza eccezione tutti i creditori, i quali non si saranno insinuati (§ 126).

Dopo intimata la classificazione, non ha più luogo la restituzione nel primiero stato; anzi nel caso che si volesse proporla contro la seguita scadenza del termine assegnato alle insinuazioni, deve essere ella ricercata nel prescritto termine di giorni 14. Se la restituzione in intiero fosse richiesta prima della intimazione della classificazione, non deve essa per questo essere tenuta in sospeso, ma le partite posteriormente liquidate vi si dovranno aggiungere in seguito (§ 127).

Contro la classificazione non si ammette appellazione (§ 128).

Da tutte queste disposizioni risulta l'analogia di questo processo col giudizio d'ordine: salvo che qui ci ha mestieri d'una particolare e precedente sentenza di liquidazione delle pretese insinuate, perchè interessa di venire definitivamente alla classificazione e al riparto, senza lasciarle in sospeso per tante pretese illiquide, che sono in numero assai maggiore di quando si tratta solo di crediti ipotecarii, come avviene nel giudizio d'ordine. Le particolari sentenze di liquidità sono appellabili, perchè in nulla differiscono dalle sentenze ordinarie: invece la sentenza di classificazione, come nel giudizio d'ordine la sentenza di graduazione, non sono qualificate per l'appellazione, perchè non sono vere sentenze: non essendo ancora prodotte in giudizio le contestazioni di tutti i creditori che avessero interesse di impugnare la prelazione di grado ad alcuno che fosse collocato avanti di loro. Ella è piuttosto un preliminare di sentenza. La vera graduatoria e la vera classificazione risulta dalle decisioni dei giudizii di priorità, o almeno dal silenzio dei creditori per il tempo stabilito dalla legge, e in virtù di un tacito contratto giudiziale.

4. I giudizii di priorità sono quelli che rettificano la classificazione o la graduatoria nell'interesse di tutti i creditori o dei soli ipotecarii concorrenti gli uni nel processo edittale, gli altri nel giudizio d'ordine.

Nel superiore nostro § LXXIII (ossia § 11 della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820) si richiamarono per i giudizii di priorità occorribili nel giudizio d'ordine i §§ 129-136 del Regolamento giudiziario riguardante i giudizii di priorità che occorrono nel giudizio concursuale. Le disposizioni ivi contenute riuscivano identiche e per l'uno e per l'altro giudizio.

Leggiamo nel § 128:

« Contro la classificazione non si dovrà appellare, ma sarà libero ad ogni creditore *classificato*, il quale credesse di dover essere anteposto a tutti gli altri creditori, o di dover essere collocato in una classe migliore, quando anche egli non avesse nell' insinuazione domandata questa miglior classe, di proporre la sua petizione nel termine di trenta giorni, ed in questo termine avranno anche a presentare la loro petizione gli altri creditori classificati, i quali credessero di poter impugnare o la priorità di un altro creditore, o la classe da loro addomandata ».

Nel giudizio concursuale fa d'uopo che un creditore sia classificato, o almeno che gli sia stata riconosciuta la liquidità del suo credito, per

poter promuovere alcuna querela o petizione di priorità: altrimenti, essendo passata in giudicato la sentenza contraria alla liquidità e sussistenza del suo credito, gli mancherebbe ogni fondamento giuridico alle ulteriori pretese d'una classificazione che suppone un debito. Quindi la legge disse *sarà libero ad ogni creditore classificato.*

Ma nel giudizio d'ordine un creditore potrebbe essere escluso dalla graduatoria, come dissimo sotto il § LXXII, num. 2, e volendo essere compreso in essa, si domanda se possa appellarsi della graduatoria, o se debba e possa promuovere questa petizione o querela di priorità. La legge dice che la graduatoria è inappellabile; e fu così giudicato in un giudizio d'ordine per distribuzione del prezzo di un brik, dal tribunal marittimo di Venezia con decreto 2 novembre 1852, num. 13841, confermato in Appello con decreto 17 novembre successivo, num. 15422, e dalla Corte di cassazione con decisione 21 gennaio 1853 n. 319 (1). Questa conclusione è bastantemente stabilita nel testo del § 129 del Regolamento giudiziario, ove leggiamo: « quello dei creditori, che si crederà nel caso di muovere querela sul punto della priorità, e di sostenere che gli competa *diritto migliore di quello che gli attribuisce la classificazione,* dovrà entro l'intervallo di giorni trenta, dal giorno in cui si sarà pubblicata la classificazione, espressamente produrre la petizione ossia gravame di priorità contro tutti quelli che egli per tale causa intendesse di convenire; in caso diverso sarà estinto il suo diritto contro quelli che egli non avrà convenuto. Ad un tempo, con separata supplica però, dovrà domandare che venga appuntata la giornata in cui sarà da eleggersi un patrocinatore comune, in contesto del quale si avranno a fare gli ulteriori atti.

Nel successivo § 130 è pure stabilito che allora « quando si presenta il gravame di priorità per impugnare il diritto nella classificazione assegnato ad un creditore, si deve presentare la petizione nel termine medesimo, separatamente contro ciascun creditore, contro il quale per tal causa si vuole agire (2).

« Volendosi sostenere il diritto di priorità avanti ad un'altro creditore, oppure impugnare il diritto attribuito ad un creditore, ove si trattasse di un diritto inserito addizionalmente nella classificazione, allora il termine per la presentazione della querela corre dal giorno, nel quale questa classificazione addizionale è stata intimata ai creditori (§ 132). »

« Se un creditore non è in grado di presentare la petizione di priorità nel termine stabilito, dovrà egli, prima che scada il termine medesimo, domandare una proroga in contesto di quelli, contro ai quali la petizione di priorità viene a dirigersi, e si dovranno in ordine a ciò osservare i principii stabiliti nel capitolo XXXVII. (§ 133). »

(1) Beretta, Giorn. di giurispr. prat. di Venezia, an. VII. 1854 n. 2 e 3, pag. 24.

(2) Abolito il § 131 sul foro speciale del fisco dall'art. 6 della Patente imperiale 20 novembre 1852

Quindi inferiamo che nel giudizio d'ordine, se un creditore rimesso a liquidare in apposita sede la liquidità del proprio credito, volesse pur querelarsi del grado della propria o delle altrui ipoteche, potria con questo § 133 chiedere delle proroghe, sia per la presentazione della sua querela, sia per rispondere alle querele altrui.

« Nella petizione di priorità non è l'attore ristretto puramente a ciò ch'egli nell'insinuazione ha dedotto in ordine al diritto di priorità, ma egli è ancora autorizzato a produrre nuovi amminicoli. La petizione di priorità deve intimarsi al patrocinatore comune, e si deve in ordine ad essa procedere come si procede per ogni altra petizione, eccettochè il primo termine per la presentazione della risposta e delle altre scritture in causa si deve fissare a soli quattordici giorni (1) (§ 134). »

« Questa petizione, quando viene a riconoscersi sussistente, giova a tutti coloro ai quali il reo convenuto nella classificazione è stato anteposto oppure parificato, quand'anche non avessero avuto parte nella presentata petizione. Quelli che hanno sostenuto il processo ed ottenuta vittoria, hanno però diritto di farsi in proporzione rimborsare l'importo delle spese del processo da quelli che ne ricavano profitto. (§ 135). »

« Nella giornata devono i rei convenuti eleggere un patrocinatore comune; ma s'eglino fossero in ciò discordi, si dovrà nominare uno che abbia per sè la pluralità dei voti di quelli che sono presenti, senza riguardo all'importo delle loro pretensioni; e se essi non ne nominassero alcuno deve il giudice per decreto ed a loro pericolo destinarne uno, esprimendo con esattezza per quali creditori e contro chi debba egli prestare il patrocinio, notificando la nomina al creditore che pretende la priorità. Del resto vanno le spese a carico dei creditori da questo patrocinatore rappresentati in proporzione delle loro pretensioni, a meno che i creditori stessi non avessero tra di loro diversamente convenuto (§ 136).

Nel § XLVII abbiamo indicato quale sia la classificazione delle pretese possibili concorrenti sul medesimo debitore.

Nel seguente § LXXV tratteremo del riparto, che si dee fare in seguito alla graduatoria del giudizio d'ordine ed alla classificazione concorsuale. »

5. *Quid juris* se si apre il concorso sui beni del debitore o del terzo possessore durante l'azione o la esecuzione ipotecaria di un fondo da lui posseduto?

« Dal momento, ossia dal giorno in che il concorso sarà aperto, si

(1) Non si può opporre l'eccezione della cosa giudicata per ciò solo che nella sentenza di liquidità il giudice concorsuale avesse stabilito del grado d'una ipoteca insinuata. Sentenze conformi 4 settembre 1845 di prima istanza, 4 dicembre successivo d'Appello e 7 agosto 1847 di terza istanza. *Giornale di giurispr. prat. di Venezia*, an. 3, 1850, num. 3.

dice nel § 83 del Regolamento giudiziario, non si potrà ulteriormente nè validamente procedere contro il debitore da alcun tribunale o giudizio; anzi tutte le cause pendenti in prima istanza, sulle quali al tempo dell'aperto concorso non sarà stato ancora chiuso il processo, si dovranno rimettere al giudice, avanti il quale sarà eccitato il concorso; nelle cause però, nelle quali il processo sarà già chiuso, l'aprimento del concorso non impedisce la decisione, nè la pubblicazione della sentenza sia in prima, sia in seconda istanza, ovvero nella revisione. »

Ma il creditore in aspettazione della sentenza, e dopo questa per procedere agli atti esecutivi, dovrà insinuarsi nel concorso? Senza dubbio finchè il fondo rimane in possesso del debitore o del possessore: e quindi è avocato all'amministrazione concorsuale, per ciò che dissimo (n. 1.) col § 79 del Regolamento giudiziario: che cioè il creditore che non s'insinua rimane escluso dal realizzare il suo diritto sulla sostanza soggetta al concorso.

Dovrà egli insinuarsi anche dopo ottenuto il pignoramento esecutivo? Riflettasi a ciò che dissimo nei §§ LVIII e LIX, come col pignoramento si privi il debitore o possessore del possesso e della disponibilità del fondo esecutato; quindi aprentosi il concorso parrebbe che si dovesse considerare come appartenente ed esistente nel possesso del creditore. Ma è però vero che il debitore, o il possessore, anche dopo il pignoramento rimane proprietario del fondo, e questo perciò cade nella massa e non può essere venduto senza l'intervento della massa concursuale stessa. Questa conclusione negativa sembra essere accettata dopo Wagner anche dal consigliere Giordani, ove dice, che fino a tanto che l'esecuzione non sia interamente compita, cioè fino a tanto che la cosa, su cui cade l'esecuzione non è stata venduta mediante subasta, ovvero aggiudicata al creditore, la cosa rimane ancora in proprietà del debitore, e non compete sopra di essa al creditore dopo la pignorazione giudiziale altro che un diritto di pegno: e siccome la legge assoggetta all'insinuazione anche i creditori muniti di pegno, così essi non possono esentuarsene (1).

Così fu giudicato che il protocollo d'un'asta esecutiva deliberata nello stesso giorno in cui si aprì il concorso sui beni dell'esecutato, non attribuisce alcun diritto al deliberatario, e quindi il fondo come invenduto appartiene al concorso (2).

Dovranno insinuarsi i creditori ipotecarii d'un fondo già venduto giudizialmente sugli atti esecutivi promossi dall'uno di essi, ossia quando il concorso fu aperto dopo che è seguita la delibera o l'assegno giudiziale? Il fondo in questo caso non appartiene più al debitore o possessore oberato, quindi non può cadere nella massa concursuale: e il prezzo

(1) Wagner presso Giordani, *Illustrazioni al Regolamento giudiziario* § 83.

(2) Decisione della Corte di giustizia e cassazione 3 aprile 1851, in conferma di due conformi decreti del giudizio circolare di Sechshaus, e dell'Appello viennese. *Gazzetta de' trib. di Milano*, ar. IV, 1851. n 69.

deve piuttosto essere pagato ai creditori esecutanti, che non all'espropriato od ai creditori concorsuali. Diversamente fu giudicato dalla cessata Corte di giustizia residente in Milano colla sentenza 25 febbraio 1818, confermata in Appello coll'altra sentenza 13 novembre successivo, ma per l'erroneo motivo che il prezzo fosse di ragione del debitore, come succeduto in luogo della cosa (1). Ma la pratica posteriore emendò questo errore: poichè l'Appello (veneto) con sentenza 20 settembre 1842 confermata il 23 gennaio 1843 dal Senato lombardo veneto giudicò il contrario, dicendo inapplicabile il § 83 del Regolamento giudiziario che si riferisce soltanto alle cause pendenti, e non anco alle consumate, e peggio ancora agli atti esecutivi compiuti; che col giudizio di graduazione (e insieme colla delibera esecutiva) la proprietà dello stabile è tolta al debitore, e non può quindi essere rivocata alla massa; la quale tutt'al più potrebbe avere una rappresentanza attiva alla divisione del medesimo in luogo dell'oberato (2). Questa ci sembra un ottima decisione.

Fu giudicato con decreto 12 settembre 1850 n. 7315 e 255 di un tribunale di prima istanza, confermato in Appello l' 8 novembre successivo, e in Cassazione il 3 dicembre dello stesso anno, che, se il deliberatario si rende oberato prima del pagamento del prezzo, e quindi prima dell'aggiudicazione, i creditori esecutanti possono domandare la rivendita senza dipendere dal giudizio concorsuale: « perchè pel § 439 del Regolamento giud. se la delibera trasferisce il possesso e godimento dei beni subastati, la definitiva aggiudicazione o l'acquisto della proprietà rimanevano però sospesi sino a tanto che il deliberatario adempisse alle condizioni, sotto le quali venne fatta la delibera: condizioni fra cui primeggiava il pagamento del prezzo, ed alle quali finora non venne adempito » (3).

Dunque potressimo inferire che fin tanto che, o dopo che lo stabile esecutato non è in proprietà dell'oberato, i creditori non sieno in obbligo d'insinuarsi nel concorso.

(1) Zini, *giurispr. prat.* vol. 5, par. 1, pag. 72. Sonzogno, *Manuale del proc. civile* al § 85 par. 2 cap. 1.

(2) Giornale di giurisprud. prat. di Venezia, an. 2, 1847, num. 6.

(3) Gazzetta de' trib. di Milano, anno 1 1851 num. 48. Colla Circolare governativa lombarda 24 ottobre 1816, fu stabilito che nel caso d'una esecuzione fiscale per un credito privato d' un comune, pel quale fosse stata pattuita quella procedura in caso di mora, l'esattore comunale non potesse praticare per tal modo la vendita del fondo dopo aperto il concorso sui beni del debitore, ma dovesse sottomettere il suo credito alla giudiziale insinuazione.

§ LXXV.

Passata che sarà in giudicato la graduazione, avrà luogo il riparto del prezzo secondo la medesima, esclusi per ora quei creditori che furono rimessi a liquidare previamente nelle vie regolari il loro credito. Il prezzo che non potesse esser pagato per le quistioni insorte sopra la sussistenza e liquidità dei crediti insinuati sarà frattanto giudizialmente depositato, a meno che i creditori o la maggioranza di essi, avuto però riguardo all' importo del credito professato, avesse deliberato che debba ritenersi presso il deliberatario.

§ 11 *della sovrana Risoluzione* 31 *luglio* 1820.

SOMMARIO

1. Delle difficoltà che si possono incontrare nella redazione del riparto.
2. Dei diritti e degli obblighi dell' acquirente dopo il riparto.
3. Dei crediti illiquidi: essi non possono essere pagati: ma l'acquirente può liberarsene col deposito giudiziale.
4. Il giudizio d'ordine e il concorso non rendono pagabile contro la volontà del creditore il credito non iscaduto.
5. Del pagamento dei creditori nel caso d' un concorso e del modo processuale d' impugnare il riparto.
6. *Quid juris* nel caso che rimanessero dopo il giudizio d'ordine delle contestazioni sulla priorità: interpretazione della leg. 16. Dig. *qui potiores in pignore*.
7. Del riparto delle ipoteche collettive in confronto alle speciali.
8. Primo sistema, nel caso che tutti i fondi coobbligati all'ipoteca collettiva cadessero nello stesso giudizio d' ordine: che cioè l'ipoteca suddetta sia ripartita sopra tutti i fondi.
9. Secondo sistema, nello stesso caso: se si debba aver riguardo alla priorità delle ipoteche speciali: conclusione negativa.
10. Terzo sistema, nel caso che non tutti i fondi coobbligati cadessero nello stesso giudizio d'ordine: ossia della surroga ottenibile dal creditore con ipoteca speciale.
11. Quarto sistema, nello stesso caso: se questa surroga debba essere temperata dalla priorità dell' ipoteca speciale: conclusione negativa.

1. Semplice è la disposizione del nostro §, ma complicate e difficili sono le emergenze di diritto e di fatto che vengono nel suo reggime in questa materia (1). Pronunciata e passata definitivamente in giudicato la sentenza graduatoria, le parti concorrenti in questo giudizio ottennero

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 959. bis

una norma, secondo la quale il prezzo del fondo dev'essere distribuito. Dato che siano a pagarsi i tali e tali crediti riconosciuti nell'ordine assortito a ciascuno per la riconosciuta rispettiva ipoteca o privilegio, non rimane che un semplice conteggio nell'ordine progressivo dei medesimi fino a che la loro somma pareggi quella del prezzo.

Ma perchè la bisogna corresse così ovvia bisognerebbe che tutti i crediti fossero riconosciuti liquidi e fossero esigibili: che non rimanesse alcuna contestazione fra i creditori concorrenti relativamente alla priorità assegnata dal giudice: che non ci fossero ipoteche collettive, le quali cioè cadessero per un medesimo credito sopra più fondi, in modo da fare una disastrosa concorrenza alle ipoteche speciali. Ma se tutte queste condizioni non si verificano, la giurisprudenza trovasi travagliata da parecchie quistioni, delle quali è nostro ufficio di cercare una soluzione. Vediamo però innanzi tutto quali diritti e doveri convengano all'acquirente in s - gullo al riparto.

2. L'acquirente nel giudizio d'ordine non cessa d'essere tenuto ai doveri contratti nella delibera e nell'aggiudicazione del fondo esecutato (1): ma in seguito alla graduatoria e al riparto avviene che la sua obbligazione di pagare il prezzo più specialmente si determini, secondochè la causa generale dei creditori concorrenti sul fondo venduto si specializza e si definisce in questo giudizio coll'assegnare un ordine certo ad alcuni, e coll'escluderne altri. Se dapprima i creditori tutti rappresentavano la persona del venditore (2): dopo questo giudizio non costituiscono tale rappresentanza che i creditori utilmente graduati. Ma questa specializzazione non avviene soltanto per riguardo alle persone: sibbene per riguardo al rispettivo interesse. Ciascun creditore figura come venditore in quella parte e fino alla somma in cui permane creditore, e nell'ordine progressivo in cui si trova graduato. L'acquirente adunque risulta debitore personale *ex empto* verso ciascun creditore secondo le risultanze della graduatoria e del riparto.

Ella è questa una condizione implicita d'ogni vendita giudiziale esecutiva. Nessun altro venditore ci ha in questo affare se non la rappresentanza collettiva dei creditori: ma questa rappresentanza cessa d'essere collettiva, e s'individualizza in ciascuno di essi, subito che il rispettivo diritto è liquidato e graduato.

La graduatoria e il riparto costituiscono adunque in ultima analisi una delegazione del prezzo fatta dalla rappresentanza venditrice a ciascun suo

(1) Come viddimo nel § LXI, num. 17. Anzi fu giudicato che durante il giudizio per la distribuzione del prezzo, il creditore ipotecario può, anche prima della tacitazione di un anteriore creditore inscritto, domandare il pagamento del suo credito sul prezzo della vendita, quando ciò è possibile senza pregiudizio delle iscrizioni e crediti anteriori al suo Decisione 18 gennajo 1855 del tribunale d'Appello dell'Austria inferiore. Gazzetta de' trib di Milano, an. IV, 1854, n. 56 Vedi altri casi consimili, nella stessa Gazzetta anno 5, 1855, num. 45, e nel Giorn. delle scienze pol legali, tom. 3, fasc. 9, pag. 767-778.

(2) V. § LXI.

membro utilmente graduato (1). Noi vedremo tantosto gli importanti corollarj che si deducono da questo vero.

L'obbligazione personale del prezzo non si traduce soltanto in un'obbligazione personale verso ciascun creditore utilmente graduato, ma finchè sussiste, non impedisce la conservazione dell'ipoteca inerente al credito insoluto. La tacita od espressa delegazione del prezzo non importa già una novazione che faccia perimere l'ipoteca, avvegnachè sia predominata dalla condizione precedente che il fondo è venduto ed aggiudicato, ma non altrimenti purgato dalle ipoteche inerenti, se l'acquirente non soddisfaccia al loro importo. Questa liberazione non si ottiene, scrive Troplong, che sotto la condizione che il nuovo proprietario paghi il prezzo ai creditori graduati utilmente, o ne faccia deposito in caso di loro rifiuto (2). La delegazione del prezzo non può distruggere la ipoteca del delegante, perchè l'obbligo del delegato non è incompatibile coll'ipoteca stessa; chè bene stanno a concordia l'obbligo reale ipotecario addossatogli come a terzo possessore, e l'obbligo personale del prezzo addossatogli come a compratore. E noi vedremo nel luogo ove si tratterà della novazione, che il suo carattere essenziale, affinchè sia causa perentoria dell'ipoteca, consiste appunto in questa incompatibilità della nuova colla antica obbligazione (§ LXXVIII).

Da questa dottrina inferiamo, che per essere l'acquirente obbligato personalmente a pagare la parte del prezzo assegnato nel riparto al creditore utilmente graduato, questi conserva un'azione personale *ex vendito* contro di lui, finchè non abbia pagato tutto il suo debito in suo riguardo; ma deve insieme citare in causa anche gli altri creditori anteriori per le loro eventuali ragioni: come fu giudicato contro Vittorio Reri ultimo creditore utilmente graduato, il quale, presentando un conto di dare e avere, e dimostrando che l'acquirente Alessandro Sanchi fosse debitore di una somma sul prezzo, lo citava al pagamento di questa, senza pur convenire in causa gli antecedenti creditori o tacitati o postergati a lui: sentenza 21 gennajo 1853 n. 15210 dell'Appello lombardo, confermata in Cassazione colla decisione 21 aprile 1853 n. 2482 (3).

L'azione del creditore graduato utilmente fu per noi qualificata *ex vendito*, e non già per titolo di deposito od altro. E fu quindi giudicato che si potesse prescrivere in 30 anni, nel mentre che se fosse qualificata come azione di deposito, pel § 1462 del Codice civile non poteasi prescrivere. Il caso era questo. Carlo Rufilnati, trent'anni dopo la graduatoria, domandò al deliberatario Francesco Calvenzi la produzione del conto di riparto del prezzo del fondo o il pagamento del suo credito, e un tribunal provinciale con sentenza 18 dicembre 1852 n. 9049, e l'Appello

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 926.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 958 ter.

(3) Contro la sentenza affermativa di una pretura 18 novembre 1852: Gazzetta dei trib. di Milano anno 3, 1853, n. 35 e 69.

lombardo con sentenza 7 aprile 1853 n. 3478 respinsero quella domanda come perenta dalla prescrizione trentennale (1).

3. Siccome la graduatoria non pronuncia alcun che di definitivo in riguardo alle pretese illiquide, ma le rimette ad una apposita liquidazione, così esse non possono essere contemplate nel riparto, e non possono essere soddisfatte attesa la dubbiezza loro. Provvede quindi il § nostro, che il prezzo, che non potesse venir pagato per le quistioni insorte sopra la sussistenza e liquidità dei crediti insinuati, sarà frattanto giudizialmente depositato, a meno che i creditori o la maggioranza di essi, avuto però riguardo all'importo del credito professato, avesse deliberato che debba ritenersi presso il deliberatario.

Il deposito giudiziale, in riguardo di chi ha diritto di praticarlo, equivale all'effettivo pagamento (2), ed ha sul pagamento questo concludente vantaggio, che col primo non può pagare se non a chi si presta indubbiamente per creditore. Quindi l'acquirente non potrebbe pagare a un creditore che professasse un credito dubbio ed illiquido, ma col deposito non paga a nessuno direttamente de' creditori, ma mette il danaro a disposizione di quel creditore che risulterà avervi diritto, ed egli intanto si libera dalla sua obbligazione, e se avesse sborsato tutto il prezzo, viene in diritto di chiedere la cancellazione di tutte le ipoteche inscritte sul fondo acquistato (3).

Questa è la maniera più spiccia per liberare l'acquirente dalle ipoteche, e insieme per non trascurare l'interesse dei terzi; perciò fu comandata dal nostro §. Però la disposizione di questo non è tassativa, nè specialissima; essendochè contiene piuttosto un diritto, che un obbligo preciso dell'acquirente. È piuttosto in virtù de' principii generali del diritto, e del § 1425 del Codice civile, che non per l'efficienza di questa legge, che è data questa facoltà all'acquirente. Il suo dovere preciso e indeclinabile è quello di pagare il prezzo a chi v'ha diritto. In qual modo v'adempia non importa: la sua prudenza lo illumini, e lo faccia cauto nelle diversissime contingenze. Ed è assai desiderabile che da lui ottengano soddisfazione i crediti che vengono dopo il credito condizionato od illiquido, e non invece soffrano interminabili indugi col pretesto del deposito giudiziale. Egli può pur pagando costoro ovviare al pericolo di trovarsi esposto alla soddisfazione del credito che fosse liquidato, dopo che avesse sborsato tutto il prezzo, purchè in pagando avesse ottenuto dagli ultimi creditori la promessa e la garanzia della restituzione dell'indebito: garanzia conosciuta sotto il nome di *cautela del Salgado*, così come questi la formula: *cum cautione, vel sub fidejussione, aut simplici obligatione*

(1) Gazzetta de' tribunali di Milano an. 3, 1853 num. 67.

(2) Vedasi il successivo § LXXVII, ove trattiamo di ciò specialmente.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 960, e n. 720

de restituendo eandem pecuniam, vel alias sine præjudicio juris tertii, vel priorum creditorum in futurum comparentium, et jus ad illam potentius habentium (1). E questa promessa, e questa garanzia sono necessarie, l'una per ripetere dai posteriori creditori la restituzione del pagato indebitamente, l'altra per avere la sicurezza di questa ripetizione. E questa promessa non si dee trascurare, perchè correrebbe un grave rischio l'aquirente che gli mancassero gli estremi della restituzione dell'indebito, attesochè i §§ 1431-1433 del Codice civile non accorderebbero siffatta azione se non a colui che avesse pagato per errore di fatto o di diritto, ma non già quando il pagatore sapesse di non essere debitore. Ben è vero che nel § 1434 si accorda la ripetizione del pagamento di un debito condizionato o incerto, e che appunto il debito verso gli ultimi creditori è condizionato alla liquidazione dell'anteriore credito illiquido; ma il senso della legge non è abbastanza ovvio, ed è più che prudente, necessaria cautela la stipulazione espressa della restituzione. Nella giurisprudenza francese si pratica una consimile cautela, come ci avvisa Grenier, ove scrive: nel giudizio d'ordine i creditori posteriori in grado saranno soddisfatti pur essi, ma coll'obbligo di restituirne l'importo al creditore condizionale, e devono dare una buona e sufficiente cauzione per questa eventuale restituzione (2). Però non esattamente conclude Troplong che con questo pagamento sii liberato l'acquirente verso il creditore condizionato, rimandandolo costui ad esigere il suo dovuto dai posteriori creditori (3), coi quali non ha punto contrattato: nel mentre l'aquirente a termini del suo contratto gli rimane personalmente obbligato.

Se non ci sono creditori utilmente graduati dopo colui che ha un credito illiquido, l'acquirente può liberare il fondo dalla di lui ipoteca, assicurandolo in altra guisa, sia col deposito della somma equivalente a quella inscritta, sia con altre guarentigie (4).

Il nostro § soggiunge: a meno che la maggioranza de'creditori, avuto riguardo all'importo del credito professato, avesse deliberato che debba ritenersi presso il deliberatario. Domandiamo: se l'acquirente volesse pagare ad ogni costo, e non avesse in contrario alcun obbligo nel capitolato della subasta o nelle condizioni dell'aggiudicazione, non potrà egli praticare il deposito nel caso che non potesse pagare per crediti illiquidi? Noi non crediamo che la volontà de' creditori, espressa dopo il contratto giudiziale, possa nuocere alla libertà dell'acquirente: egli non è obbligato che a termini del suo contratto; egli ha dunque diritto di pagare, ed ove non gli sia possibile di pagare cautamente, egli è autorizzato al giudiziale deposito.

A questa conclusione non sembra opporsi il nostro §, perciocchè sem-

(1) Salgado, *Labyr. cred.* par. 2, cap. 6, n. 1.

(2) Grenier, *hyp.* num. 187, Persil, sub art. 2184 n. 8, Troplong, *des priv. et hyp.* n. 989 ter.

(3) Troplong, *des priv. et hyp* n. 900.

(4) Grenier, ibid.

bra piuttosto che alluda soltanto al caso che ci sia contrarietà di voleri tra i creditori stessi, alcuni de' quali volessero il deposito, gli altri preferissero lasciare il prezzo nelle mani dell'acquirente. Perchè la legge obbligasse l'acquirente a trattenere il prezzo, e quindi a pagare gli interessi, ed a soffrire per lungo tempo le servitù ipotecarie del fondo, e con ciò a menomare i suoi diritti contrattuali, bisognava bene che parlasse assai più chiaro che non abbia parlato. Si dee dunque interpretare nel senso limitato de' particolari rapporti tra i creditori. Costoro possono a maggioranza valutata nell'importo de' loro crediti lasciare all'acquirente il prezzo. Ed ancor qui occorre un'altra limitazione; perciocchè qui si tratta de' creditori che non furono pagati, non già di quelli che per l'anzianità furono sicuramente dimessi.

Potrà questa maggioranza, lasciando il prezzo nelle mani dell'acquirente, liberare il fondo da tutte le iscrizioni? Non sembra che possano disporre del diritto altrui. La legge tratta solo del lasciare il prezzo all'acquirente, non già del liberarlo. Il fondo non è purgato se non col pagamento effettivo o col giudiziale deposito: ma le ipoteche sussistono se l'acquirente trattirne ancora il prezzo.

4. Ebbimo già occasione d'avvertire (§ LXI. n. 5 e 16) come la vendita giudiziale esecutiva non valesse da sè sola a rendere esigibile un credito inesigibile, contro la volontà del creditore. La stessa conclusione dovremo noi adottare anche in questo luogo, cioè nel caso che per essere insufficiente il prezzo a soddisfare tutte le ipoteche si fosse dato mano al giudizio d'ordine e al riparto, od anche nel caso che si fosse aperto il processo edittale. E la ragione che adduciamo è questa: che nessuna legge v'ha che favorisca di tanto l'acquirente da rendere in suo riguardo di niun effetto le convenzioni, e da molestare il creditore, e costringerlo a dimettersi da un collocamento vantaggioso e fidato de'suoi capitali. Anzi abbiamo un esplicito argomento nell'autorità del § 425 del Regolamento giudiziario, il quale negli editti per le subaste addossa al maggior offerente l'obbligo di ritenere i debiti inerenti al fondo, per quanto vi si estenderà il prezzo da offrirsi, qualora però i creditori non volessero accettare il rimborso avanti il termine che fosse stipulato per la restituzione del medesimo. » Per questa legge è dunque lecito inferire che l'acquirente non ha il diritto, ma solo il dovere di pagare i crediti non iscaduti. E questa legge riesce assai più generale di quello che sembra a prima vista; perchè non allude al solo caso che il prezzo ritratto dal fondo basti alla soddisfazione di tutti i crediti inscritti, ma si estende anche al caso contrario che il prezzo non basti a ciò, e quindi si dia luogo alla graduazione e al riparto: perchè essa dice significativamente *ha l'obbligo di ritenere... per quanto vi si estenderà il prezzo da offrirsi*: dunque allude al caso che i debiti superino il prezzo: quindi al caso del giudizio d'ordine e del riparto, e quindi al caso nostro.

Or bene, non possiamo affatto capacitarci e dar ragione al consigliere Giordani, il quale appunto in questa nostra posizione di fatto vorrebbe che il giudizio d'ordine rendesse esigibili i crediti inesigibili (1). Però ci dispiace che egli non abbia confortata quella sua conclusione d'alcuna allegazione, che ci desse materia di una più accurata disamina del soggetto, e forse un sufficiente motivo per recedere dall'opinione che crediamo suffragata dalla ragione e dalla legge positiva: come quella la quale esplicitamente impone all'acquirente all'asta giudiziale l'obbligo di *ritenere* i debiti inerenti al fondo, e non gli accorda già il diritto di *rimborsarli* avanti il termine convenuto: chè le convenzioni favorevoli al creditore devono essere rispettate e conservate, massime quando non si ha alcuna ragione prevalente per abolirle. Adopera Tizio creditore il suo diritto domandando la vendita del pegno? Ben gli sta: ma il diritto del creditore Sempronio non deve essere manomesso. Non è scaduto ancora, non è esigibile in suo prò il credito di questi? si venda il fondo per realizzare l'ipoteca di Tizio: si conservi quella di Sempronio. Così vuole il § 425 del Regolamento giudiziario. Il prezzo del fondo non basta a Tizio, a Sempronio e a Cajo? Si paghi Tizio, si conservi l'ipoteca non iscaduta di Sempronio, e fatte le deduzioni del rispettivo importo si dia il residuo a Cajo.

Nulla abbiam qui d'inconciliabile fra gli interessi: nulla di repugnante alla ragione. Tutti i diritti concorrenti si conservano nella rispettiva condizione: nessuna necessità richiede il sacrifizio dell'uno di essi. Dovremo forse lasciarci stornare della quieta contemplazione del giusto, per quell'adagio predicato da qualche francese scrittore, che la vendita giudiziale purghi il fondo da tutte le ipoteche? Mainò; perchè ognuno sa qual enorme divario si frapponga tra la nostra e le forastiere legislazioni; ognuno sa che da noi caddero i giudizii delle gride, e le purgazioni forzate; e quindi ognuno inferir dee che da noi non ci può esser bisogno di certe disposizioni secondarie, appena scusabili nell'imperfetto sistema ipotecario francese. La pubblicità del nostro ha reso inutile del tutto la purgazione violenta; ha facilitato le transazioni ipotecarie, e di conseguenza ha con migliori guarentigie assicurato il rispetto e la diuturnità alle ipotecarie contrattazioni.

Noi dunque persistiamo nella conclusione professata: che nè la vendita giudiziale nè il conseguente giudizio d'ordine valgono a rendere esigibile contro la volontà del creditore un credito non ancora scaduto.

Diversa dicemmo è la giurisprudenza francese; avvegnachè Troplong ed altri si pronunciino apertamente per questa immatura esigibilità.

Eglino stanno sull'autorità della legge scritta, e la colorano così. Se il possessore vuol vendere la proprietà, deve secondo l'art. 2184 del

(1) Giordani, *Illustraz.* ai §§. 110 e 425 del Regolamento giudiziario.

Codice Napoleone dichiarare che *egli è pronto a soddisfare* immediatamente ai debiti ed ai pesi ipotecarii, fino alla concorrenza soltanto del prezzo, senza distinzione dei debiti esigibili o non esigibili (1). Però per ciò solo non si può dire che questa legge privi il creditore del diritto che gl'interessa d'avere sulla inesigibilità del credito. Se il possessore dev'esser pronto a pagare il debito non esigibile, si vorrà forse inferire che il creditore sia obbligato a ricevere il pagamento d'un credito non ancora scaduto, non ancora pagabile a termini della convenzione? Essere pronto a pagare non equivale, credo, ad avere il diritto di pagare: ma piuttosto ad averne il dovere. Il dire, se vuoi fare la tal cosa sii pronto a fare una tal'altra, è piuttosto un imperativo che un facoltativo. Quell'art. 2184 corrisponde nello spirito al § 425 del nostro Regolamento giudiziario. In questo si dice: dee l'acquirente ritenere l'importo dei crediti non scaduti, se meglio non piaccia ai creditori di esigerli. In quello si dice: sia pronto l'acquirente a pagare, ed è sottinteso, se i creditori lo esiggono; ma se non lo esiggono; l'esser pronto ad una cosa non equivale ad aver il diritto di farla.

Eppure Troplong da queste parole *dichiarerà d'esser pronto*, dedusse che la sua legge avesse *autorizzato* l'acquirente a pagare, a purgare il fondo da tutte ipoteche, e con ciò gli avesse agevolato il modo di liberarsene il più presto possibile da coteste seccature che imbarazzano la proprietà (2). Tuttavia la legge scritta si limitò a dire; l'acquirente dichiarerà che è pronto a pagare: che ha i mezzi di dimettere tutti i creditori. Ma con dire ad uno: procacciati danari da pagare, non comprende che si dica all'altro, accetta quel danaro; ma solo dice: apparecchia danari, perchè se l'altro vuol riceverli non abbia ad ostacolo il tuo diritto o il tuo volere avverso.

La legge del brumale nell'art. 30, secondo che osserva lo stesso Troplong, avea fatto obbligo all'acquirente di rispettare le scadenze, le condizioni, i vitalizii, i censi, così come li avrebbe dovuto rispettare lo stesso debitore: ed avea fatto bene. Ma lo stesso scrittore si crede farsi forte osservando con Tronchet, che dato tre crediti, dei quali fosse il secondo inesigibile, questo avria impedito la realizzazione del terzo. Chiunque può osservare la falsità di siffatta avvertenza distinguendo: o questo credito è certo nella somma, ed è solamente inesigibile: e se lo si conserva, valutatolo al suo valore, si può bene calcolare il residuo prezzo, e con esso pagare il terzo. O il credito è condizionato nella sua essenza: ed allora bisognerà pur sempre che il terzo aspetti il risultato della condizione per vedere se e di quanto possa essere pagato: e non è possibile al terzo di affrettare l'avvenimento della condizione, come non può di-

(1) A questo articolo corrispondono gli art. 2085 Cod. civ. siciliano, art. 2222 Cod. parmense; art. 2507 Cod. albertino; art. 2222 Cod. civ estense.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 927.

struggerne l'efficacia giuridica. Dunque in questo caso è del tutto impossibile di realizzare il terzo credito, perchè è impossibile lo affrettare l'avvenimento che è materia d'una condizione casuale. Ma nè Tronchet nè Troplong, nè alcun giureconsulto o legislatore può o cancellare un diritto condizionato, od affrettare l'avvenimento d'una condizione casuale; dunque l'inesigibilità per condizione è inesorabile: e l'inesigibilità per la lontana scadenza non nuoce al terzo. Dunque cade come cosa vana quell'argomento.

Adduce Troplong l'art. 2186 per dire che la sua legge permette di purgare tutti i privilegi e tutte le ipoteche: e l'art. 2186 è lì apposta per ismentirlo: poichè vi leggiamo: se i creditori non chiedono la nuova subasta (surenchères) il valore dello stabile rimane eguale al prezzo esibito dall'acquirente, il quale perciò rimane libero da ogni privilegio ed ipoteca, *en payant ledit prix aux créanciers qui seront en ordre de recevoir, ou en le consignant* (1). Qui senz' altro Troplong interpreta queste ultime parole *qui seront en ordre de recevoir*, per quei creditori che saranno nella graduatoria collocati in ordine utile. Eppure vediamo la traduzione italiana officiale interpretarle diversamente, dicendo di quei creditori che *saranno nel grado di essere soddisfatti*, e più esplicitamente la traduzione latina: *vel creditoribus persoluto* (prætio), *si hujus accipiendi potestatem aut voluntatem habeant.* Vorrebbero adunque significare che l'acquirente, somministrato tutto il prezzo a quei creditori che il potranno ricevere, rimane liberato. Ma qualunque sia il più vero significato, a noi basta di ammonire gli italiani giureconsulti da qual esile filo dipenda la dottrina francese in questo riguardo; da una deduzione affatto irrazionale, c da bisticcio della legge positiva.

E se anche volessimo conghietturare che secondo la genuina espressione degli art. 2184 e 2186 del Codice Napoleone il giudizio d'ordine renda esigibile contro la volontà del creditore il credito inesigibile: a siffatta disposizione noi non sapremmo agevolmente accomodare il nostro consenso, perchè la ragione rifugge dal calpestare il diritto del creditore, quando da nessuna necessità è costretta. Ripetiamolo: o il credito è inesigibile, perchè non iscaduto, e conservandolo sul fondo non impedisce la realizzazione dei susseguenti crediti sul residuo prezzo: o è inesigibile per la pendenza d'una condizione, o per la natura del contratto, siccome non s'aspetta al legislatore di affrettarne l'avvenimento, e molto meno poi di cancellare la condizione e il contratto, così in ogni ipotesi bisogna attenderne l'osservanza e il risultato. Così, o si paga direttamente il credito condizionato, e si offendono i posteriori creditori, che sperano che la condizione non si verifichi: o vi si sorpassa

(1) Art. copiato negli art. 2085 Cod. civ. siciliano; art. 2286 Cod. civ. parmense; art. 2312 Cod. albertino; art. 2224 Cod. civ. estense. Però la conclusione contraria è stabilita nell' art. 215 del Regolamento ipotecario gregoriano, e nell' art. 151 del motuproprio toscano.

pagando i posteriori creditori, e il credito condizionato non può non sussistere, ed essere efficace dopo la purificazione. Non possiamo capacitarsi come si possa addossare ai posteriori creditori il debito condizionato: e con qual diritto si possa cangiare senza il consenso del creditore la persona del debitore: come si possa togliergli la garanzia ipotecaria precedente: quale sia infine questo principio che comandi il sacrifizio del suo diritto, della sua quiete. Troplong assevera che la quiete dell'acquirente sarebbe un criterio di preferenza (1). Ma chi lo autorizza, domandiamo ancora, a preferire la quiete di colui a quella del creditore?

Dalla nostra conclusione negativa trarremo pure gli ulteriori corollarj: che rispettar si devono tutti i crediti non iscaduti e tutti i crediti condizionati, prima che la condizione si verifichi, quali sono le doti, tutte le rendite vitalizie (2), e le rendite perpetue censuali.

5. Or vediamo come si debba procedere alla perfezione del riparto. In riguardo al processo edittale bisogna conoscere le seguenti disposizioni del Regolamento giudiziario.

« Ai creditori dovranno bensì decorrere gli interessi dopo aperto il concorso, e dovranno anche in pendenza di esso venire pagati ai creditori muniti d'ipoteca, non meno che le annue prestazioni, dal prodotto del loro pegno, in quanto vi ha in esso capacità, secondo l'ordine del diritto risultante dai pubblici registri o altrimenti apparente » (§ 138 Reg. giudiziario).

« Quei creditori, ai quali incontrastabilmente compete diritto di priorità, dovranno dimettersi quanto prima sarà possibile, senza aspettare il riparto, e questa dimissione verrà inscritta e giustificata negli atti. La ripartizione finale della massa di concorso non si potrà sospendere per causa di non essersi in tempo, ed in pendenza degli atti delle liquidazioni, esatto ovvero venduto un qualche credito appartenente allo stato attivo, ma dovrà di esso rimettersene l'esazione ai creditori, e farsene loro l'assegno (§ 148).

« Sì tosto che la sostanza sarà realizzata in modo da potersi fare con essa i pagamenti in tutto o in parte, dovrà l'amministratore di essa nel primo caso senza dilazione, e nel secondo sopra istanza del maggior numero dei creditori, almeno di quella classe che domanda la divisione, formarne il riparto secondo la priorità che in forza della classificazione oppure per successivi giudicati competerà a ciascun creditore, e consegnerà quindi tale atto corredato di tutti i ricapiti alla delegazione contro ricevuta, notificando tale consegna al giudice con unirvi la ricevuta medesima, e coll'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo, do-

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 959 quat.

(2) Convengono in questo riguardo Persil. art. 2184, Dalloz Rep. v. *hyp.* pag. 442. Spinnael, in notis a Troplong *des priv. et hyp.* n. 959 qual., ma senza aver posto la nostra generale conclusione.

ve e quando sarà a ciascun creditore aperta l'ispezione: di ciò se ne dovrà pur avvisare ciascuno dei creditori esistenti nel luogo del giudizio, o ivi rappresentati da un procuratore, sin chè venga loro o non venga assegnata nella ripartizione una qualche quota di pagamento (§ 149.) ».

« Sarà permesso a ciascun creditore di leggere presso la delegazione, e di esaminare l'atto di riparto, come pure di produrre giudizialmente le eccezioni che mai avesse in contrario: ciò però dovrà fare l'opponente entro giorni quattordici dopo il suddetto avviso, altrimenti non potrà essere più ascoltato. Le eccezioni prodotte contro il riparto dovranno però decidersi, sentiti previamente quei creditori che vi avranno interesse (§ 150) ».

Il creditore, avverte Scheidlein, deve osservare per il proprio interesse, se nel riparto sia stato registrato il vero importo del credito; se tutti i beni della massa sieno stati posti nella utilità da dividersi; se egli sia veramente iscritto nel riparto per quel pagamento che gli compete; e finalmente se ad un altro creditore fu assegnato un pagamento che non gli spetta in tutto o in parte (1).

La sovrana Risoluzione 24 ottobre 1840 (2) pubblicava l'aulico Decreto 24 ottobre 1807 del seguente tenore: « nel § 150 del Regolamento giudiziario non è prescritto che le eccezioni contro il riparto della massa del concorso debbano prodursi con formale libello, discutersi in processo ordinario, e giudicarsene con formale sentenza, ma soltanto che debbano prodursi in giudizio entro il perentorio termine di quattordici giorni, e che debba essere giudicato dopo essersi sentiti i creditori che vi hanno interesse. Le eccezioni prodotte senza la forma di un regolare libello non possono dunque essere respinte; ma appunto perchè non è espressamente prescritto il processo ordinario, tanto meno necessario, in quanto i diritti delle parti devono già essere stabiliti da decisioni in via civile pria che sia fatto il riparto della massa, e le eccezioni contro di quello non possono che essere appoggiate a tali decisioni, ne consegue che le accennate eccezioni devono essere prodotte con semplice istanza al giudice, il quale, sentite le parti che vi hanno interesse, deciderà con decreto, contro il quale è aperta la via del ricorso. » (3)

Aggiungiamo col § 150 del Regolamento giudiziario:

« Quando non si sarà prodotta entro 14 giorni alcuna eccezione contro il riparto, o dopo che le prodotte eccezioni saranno decise, dovrà la delegazione rimettere l'atto di riparto, da essa prima sottoscritto, al giudice presso il quale dovrà ritenersi; all'amministratore della massa però se ne consegnerà una copia coll'ordine che esso paghi di conformità e senza ritardo quei creditori, i quali s'insinueranno ».

(1) Scheidlein e Giordani al § 150 Regolamento giudiziario.

(2) Notificata dal Governo lombardo e dal Governo veneto il 20 marzo 1841.

(3) Giordani, illustraz. al § 150 Regolamento giudiziario.

Nei seguenti §§ 152 e 154 si regola il modo col quale dee esser fatto questo pagamento.

L'espropriato Luigi Mini chiese la ratifica del riparto presentato da Francesco Biani il 23 maggio 1853, i cui errori provenivano dalla graduatoria 5 dicembre 1851, passata in giudicato. L'Appello lombardo col decreto 22 settembre 1854 num. 9558, « osservato che il più dei rilievi opposti al riparto hanno per soggetto, non già la correzione del riparto, bensì la eliminazione e riduzione de' crediti riconosciuti e ritenuti nella emanata graduatoria, ciò che, quando ne competesse azione, dovrebbe formare soggetto di particolari giudizii, da essere iniziati con formale petizione in confronto del creditore o creditori, che nella ragione dell'opponente dovessero subire la pretesa eliminazione o riduzione del loro credito ritenuto in graduatoria; osservato che il detto libello di opposizione al riparto non sarebbe nemmeno proposto in confronto dei creditori, che a sensi dei rilievi vi avrebbero un interesse, nè in confronto dei medesimi sarebbesi concretato un petito per una decisione giudiziale, dacchè il libello proposto chiama in giudizio il solo Francesco Biani, autore del riparto... » annullò d'ufficio il processo. Così fu pure annullato dalla suprema Corte di giustizia con decreto 20 dicembre 1854, ove disse che i rilievi suddetti non tendevano in ultima analisi solo che a far correggere il riparto, cioè l'applicazione effettiva della graduatoria stessa, già passata in cosa giudicata, ed involve di conseguenza la dimanda delle quistioni di diritto da decidersi non altrimenti che mediante sentenza, previa regolare petizione e contestazione (1).

6. Altre difficoltà può incontrare la redazione e l'accettazione del riparto, ogni volta che rimanesse alcuna contestazione fra i creditori concorrenti relativamente alla priorità assegnata loro dal giudice. A primo aspetto sembrerà impossibile quest'eventualità a chi considerasse come tutte le pretese ipotecarie avanti di essere tradotte nel riparto devono essere ventilate nell'insinuazione e nella graduatoria, e quindi nelle querele di priorità (2). E la cosa non può quasi sempre riuscire altrimenti, perchè pel § 135 del Regolamento giudiziario la petizione di priorità promossa dall'un creditore, quando fosse dichiarata sussistente, giova a tutti coloro ai quali il reo convenuto nella classificazione è stato anteposto o pareggiato, quand'anche non avessero avuto parte nel relativo giudizio. Ella è questa tuttavia un'eccezione alla massima volgare che la cosa giudicata *inter alios tertio nec prodest nec nocet.* Ma prescindendo anche da ciò, potrebbe accadere che quella petizione, quando fosse esaudita, non potesse

(1) Gazzetta de' tribunali di Milano, an. 5. 1855, num. 20.

(2) E fu diffatti giudicato così contro il decreto 19 agosto 1850, n. 17882 di prima istanza dal decreto 28 novembre 1850 n. 12987 del trib. d'appello, e della dec. 26 febbr. 1851, n. 522 di terza istanza: *Gazzetta de' tribunali* an. 1, 1851 num. 46. Fu pur giudicato così nel caso citato nel numero precedente.

giovare a un creditore intermedio, quando cioè il terzo fosse stato collocato contro il primo in una data più antica di quella che al suo medesimo diritto fosse stata assegnata nella causa promossa da lui contro i creditori collocati in un grado intermedio. Allora rimarrebbero a combinarsi le risultanze di due sentenze veramente contradditorie (1). Onde accadrebbe una disputa difficilissima per combinare la priorità risultante dalla nuova sentenza tra il primo e il terzo creditore, con quella stabilita nella graduatoria tra il terzo e il secondo. La qual disputa non è nuova, perchè ci è somministrata dai comentatori della famosa legge *Claudius Felix*, Dig. *qui potiores in pignore*: ove disse Paolo: Claudio Felice avea ipotecato lo stesso fondo a tre persone, prima a Eutichiana, poi a Turbone, da ultimo ad un altro. Eutichiana perdette la causa di priorità contro il terzo e non s'appellò: *cum Eutichiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat.* Anche Turbone perdette la causa di priorità contro il terzo, ma vinse in Appello. Si domandò se Turbone vincitore del terzo e quindi priore verso di lui in diritto, fosse pure da preferirsi ad Eutichiana: ovvero se il terzo perchè vincitore di Eutichiana vincesse eziandio Turbone. *Quærebatur utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem (superavit); an, ea remota, Turbo tertium excluderet?* Ambedue appoggiandosi alla medesima sentenza pronunciata nei rapporti tra Eutichiana e il terzo potevano colorire il contradditorio assunto. Dicea Turbone: appunto perchè voi terzo avete superato Eutichiana prima creditrice, che io secondo rimango primo, e in ogni caso superiore a voi. Replicava l'altro: appunto per aver vinto Eutichiana anteriore a voi, ho dimostrato d'esservi superiore, perchè altrimenti non avrei potuto superare colei, se ad essa, e quindi anche a voi non fossi stato per la mia condizione giuridica superiore e prevalente: *si vinco vincentem te, ergo vinco et te.*

Cosa dice Paolo?

Incomincia dallo scartare un'opiniene che può piuttosto imbarazzare che non appianare la posizione: alcuno dirà, dic'egli, che il terzo per aver vinta la causa contro il primo sia subentrato in suo luogo; ma risponde: *plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere. Mihi nequaquam hoc justum esse videbatur.* E diffatti il terzo creditore ha piuttosto distrutto o il credito ipotecario o il grado privilegiato del primo, che non l'avesse acquistato per sè medesimo. La quistione vera è questa: se, avendo il terzo colla cosa giudicata in proprio favore distrutta la prelazione dell'ipoteca del primo creditore, abbia implicitamente elevata la propria ad un grado superiore a quel secondo: ó se al contrario quella cosa giudicata abbia eliminata soltanto la priorità

(1) Vedi un caso analogo proposto da Degli Sforza, *Dir. di pegno* cap. XIV, § 94 pag. 414.

del primo, o conservata quella del secondo. La quistione ha dunque per materia di ricerca quale sia l'efficacia della sentenza pronunciata tra il primo e il terzo creditore ne' rapporti col secondo, cioè nel sapere se il secondo diventerà primo, o sarà posto dopo il terzo divenuto primo, o avanti o dopo del primo postergato al terzo. Neguzanzio (1) e Mercuriale Merlino (2) vagarono fuori del seminalo cercando se la sentenza fosse stata giusta od ingiusta: distinzione oziosa, perchè si deve decidere in base al fatto della cosa giudicata, e non già sulla verità obbiettiva de' diritti intatti delle parti. Qui si tratta d'una verità giudiziale, che si presta indeclinabile come un fatto, e non una verità obbiettiva e reale che non sia ancora toccata da alcun giudice. Ben è vero che la tesi proposta esibisce de' rapporti giuridici che sono impossibili a verificarsi in natura: anzi diremo che involgono una perfetta contraddizione logica, perchè Eutichiana o è prima creditrice, o non la è: se la è, dev'essere e in rispetto al secondo e in rispetto al terzo: se non la è, non dev'essere nè coll'uno nè coll'altro. Ma qui abbiamo un fatto giudiziale, una sentenza che dice il contrario del contenuto di quel dilemma. È un assurdo, convengasi: ma è un giudicato, una verità giudiziale; *res judicata pro veritate habetur* (3): e presta quindi non il soggetto intorno a cui disputare, ma il soggetto di fatto e il punto da cui deve dipartire la disputa.

Il giureconsulto romano non esce appunto da questo postulato, ed esamina con cura gli effetti di quella sentenza. Udiamolo nella sua breve e incisiva analisi: *Pone primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove modo a tertio superatam:* NUMQUID ADVERSUS TURBONEM, *qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit,* EXCEPTIONE REI JUDICATÆ UTI POTEST?.... *Nullo modo ut opinor,* perchè è assioma volgarissimo che la sentenza non ha effetto verso persone estranee al giudizio: *res judicata inter alios tertio nec prodest, nec nocet.* Dunque il terzo creditore non potrà millantarsi anteriore al secondo in base d'una sentenza pronunciata in confronto del primo, e non di esso secondo. Parimenti costui, il creditore Turbone, non potrà valersi, come nel caso precedente non potea essere pregiudicato, della sentenza suddetta: *aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor (contra) tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatæ adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor.* Se egli volesse dichiararsi primo creditore, vi resisterebbero il primo e il terzo creditore, ossia le parti tralle quali fu pronunciata la sentenza che egli invoca, e lo farebbero stare a segno, con respingerlo siccome estraneo alle risultanze di quella.

Cosa si potrà adunque conchiudere? Se il primo è vinto dal terzo, il

(1) Neguzanzio, *de pignor.* par. 6, mem. 3, num. 43, 44.

(2) M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, til. 1 quæ. 41, n. 7 e 8.

(3) Leg. 207 Dig. *de div. reg. juris*, leg. 25. Dig. *de statu homin.*

terzo non diventa primo, il secondo non può essere secondo se non ci ha un primo; perchè soggiunge Paolo a modo di conclusione: *igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit: nec inter alios res judicata aliis prodesse aut nocere solet.* Chi sarà dunque il primo, chi il vero secondo, chi l'ultimo?

Il grande Leibnitz, annoverando questa tra le maggiori difficoltà del Diritto ingenuamente confessa: *decisionem I. C. Pauli, ut mollissime dicam, non intelligo* (1). Nega Paolo, soggiunge per giustificare il proprio imbarazzo, che si dovesse restituire il primo luogo ad Eutichiana; non vuol preporre il terzo al secondo: e fin qui benissimo. *Sed cum negat etiam secundum Eutichianæ præponi debere, acumen ejus requiro. Nam quid denique decidit, aut quomodo, negatis prioribus, aliter possibile est?* Però la soluzione data da Paolo non ci sembra nè così inconcepibile, nè così disperata. Osservisi che Paolo mette il suggello alla disputa con questa proposizione: *sed sine præjudicio prioris sententiæ, totum jus alii creditori integrum relinquitur.* Questo rimarco sia lume che ci guidi alla soluzione. Due diversi generi di rapporti esistevano fra questi tre creditori: l'uno anteriore alla sentenza pronunciata tra Eutichiana e il terzo, l'altro posteriore. Nel primo genere di rapporti Eutichiana era il primo creditore, Turbone il secondo, terzo il terzo. Nel secondo rapporto, cioè in conseguenza del secondo giudizio, il terzo diventava prevalente al primo. La contraddizione fra tutti i creditori permane insolubile se quei due ordini di rapporti non si distinguono per l'ulteriore deduzione (2). Vuolsi sapere ciò che spetterà al secondo creditore? La sua posizione giuridica non può essere regolata dal secondo rapporto, che nasce dalla sentenza pronunciata tra il primo e il terzo creditore, perchè egli secondo vi è estraneo; ma deve essere regolata nell'ordine in cui si trovava da prima. Dunque Turbone si conserva secondo creditore, e nel riparto gli si assegna quella parte di prezzo che avrebbe avuto se non ci fosse stata la sentenza tra il primo e il terzo. Vuolsi regolare il rapporto del primo e del terzo? Tra questi due ci ha il secondo giudizio, il secondo rapporto: ci ha la sentenza che pronunciò anteriore il terzo al primo. Or bene, ritenuta la quota che si saria assegnata al primo se il riparto si avesse dovuto fare secondo il primo rapporto, abbia il terzo sulla somma che saria toccata al primo creditore quanto basti al credito suo, rimanga il residuo al primo.

Suppongasi che il fondo sia apprezzato di 100, l'ipoteca del primo fosse di 40, dell'istessa somma quella del secondo e quella del terzo. Secondo il primo rapporto il primo avria avuto 40, il secondo 40, il terzo 20;

(1) Leibnitz vol. 4. *Jurisprud.* pag. 64. e nell'opuscolo, *Specimen difficultatis in jure*, § 32.

(2) Veggasi a modo d'esempio in qual guazzaboglio inestricabile avesse condotto l'interpretazione dei giureconsulti: Accursio, Bartolo, Dion. Gottofredo o Cujaccio a questa legge, Donneau, *de pignor.* cap. 13, Baldoin. *de pignor*, cap. 19, Salgado *labyr. cred* par 3, cap. 14 n. 36.

nel secondo rapporto invece il secondo creditore continua ad avere 40, il terzo ha 40 perchè dovendo essere preferito al primo gli porta via ciò che egli avria avuto in primo luogo: e questi ha i 20 del terzo.

Suppongasi ancora che sul fondo di 100 il primo avesse un'ipoteca per 60, il secondo per 60, il terzo per 20. Accadrà nel primo rapporto, che il primo creditore avrebbe avuto 60, il secondo 40, il terzo nulla. Esaminando la cosa nel secondo rapporto, il secondo creditore continua ad avere 40, il terzo ha i suoi 20 perchè stanno nella somma che sarebbe toccata al primo: questi ha i residui 40.

Suppongasi che sul fondo di 100 il primo avesse 40, il secondo 60, il terzo 60: questi nel primo rapporto avrebbe avuto nulla: nel secondo rapporto invece avrebbe i 40 del primo, e perderebbe gli altri 20: il primo rimarrebbe scoperto.

Queste sono le conseguenze del criterio posto da Paolo giureconsulto, e che noi come ovvio e giusto adottiamo.

7. Veniamo all'ultima difficoltà che è senza forse la più pratica che s'incontri nella redazione del riparto, ed è quella che ha per cagione la concorrenza delle ipoteche collettive sopra più fondi colle speciali sopra ciascuno.

Supponiamo che Tizio avesse concesso a Mevio per un suo debito di 90 mila lire un'ipoteca cumulativa sul fondo A, sul fondo B e sul fondo C; indi avesse costituito a prò di Sempronio per un debito di 80 mila lire sul fondo A, poscia a Martino per un simile debito sul fondo B, e da ultimo a Paolo per 60 mila lire sul fondo C altrettante ipoteche speciali. Suppongasi ancora che ognuno di questi fondi valesse 90 mila lire. Se Mevio realizza la sua ipoteca collettiva sul fondo A, verrebbe a privare il creditore Sempronio dell'utilità della sua ipoteca: se viene sul fondo B, spoglierebbe Martino: se sul fondo C, metterebbe Paolo allo scoperto. Se al contrario ripartisse la sua ipoteca sopra tutti i fondi insieme, dimodochè prelevasse sul loro prezzo una quota proporzionale al rispettivo valore, riavrebbe il suo credito, e lascerebbe agli altri la totale o parziale solvibilità del proprio. Sta dunque nel suo assoluto arbitrio di realizzare l'ipoteca collettiva piuttosto nell'uno che nell'altro modo: egli tiene in pugno la fortuna degli altri creditori speciali; imperciocchè dal concetto medesimo dell'ipoteca desumemmo nel § XLVI e nel § LVII n. 4 e 8 quella sua facoltà di scegliere per l'esecuzione qualsivoglia tra più fondi e qualsivoglia parte del fondo obbligato: facoltà che corrisponde al carattere d'individualità o indivisibilità attiva dell'ipoteca stessa (1). Ma ove si adottasse questo principio rigoroso, esclama Mattei, ne nascerebbero molti abusi, e si aprirebbe il campo alle frodi. In fatti un creditore con ipoteca generale potrebbe acquistare a vil prezzo i varj crediti inscritti,

(1) Troplong. *des priv. et hyp.* num 750. Gauthier, *subrogation*. num. 254

minacciando di limitarsi altrimenti ad esperire l'azione ipotecaria generale sui beni specialmente ipotecati a coloro che rifiutassero la cessione; ottenuta la cessione di alcuno, potrebbe esaurire la esecuzione sugli altri beni, e conservarsi intatte le ipoteche sui fondi che furono ipotecati sul credito ceduto; potrebbe danneggiare i terzi per inimicizia, per vendetta, o per deferenza verso qualche creditore posteriore, esecutando i beni soggetti alle ipoteche anteriori. Ciò non è tutto: l'ultimo creditore ipotecario non mancherebbe di prevalersi del § 462 del Codice civile per acquistare il credito, pel quale vengono escussi i beni, e poi come subingresso nelle azioni esecutare tutti gli altri immobili ipotecati risparmiando quello su cui gravita la sua ipoteca speciale. Ecco a quanti inconvenienti si andrebbe incontro adottando la regola generale nel suo pieno rigore; ma tale non può essere lo spirito della legge (1).

L'egregio avvocato veneziano ha ragione, e quantunque il principio dell'individualità attiva non possa essere un oggetto di disputa, vedasi qual miserando conflitto d'interessi rimane da appianare. Dall'una parte l'individualità dell'ipoteca di Mevio sovrasta minacciosa contro tutti i posteriori creditori: le leggi gli hanno dato abilità di ipotecare più fondi di quello che alla sua garanzia abbisognassero, e sebbene nel nostro reggime non si conoscano le ipoteche generali del sistema romano e francese, tuttodì però occorrono casi d'ipoteche collettive non aventi di speciale che la circostanziata designazione de' beni sottomessi. Dall'altra parte trovansi i posteriori creditori, cui la legge concesse di venire sul medesimo fondo, se ed in quanto ne rimanga alcuna utilità dopo la soddisfazione del creditore precedentemente inscritto. Qui ci ha un reale e indeclinabile antagonismo d'interessi: qui ritornano a conflitto come eterni nemici l'aforismo legislativo e il sentimento dell'equità: e dove essi combattono certo è che la scienza non può dormire d'una facile indifferenza. Egli è questo un fenomeno di quella immanente legge di progresso che informa e vivifica le cose civili. Le leggi moderne tolsero quell'esosa prerogativa che a Roma avea il primo creditore sui seguenti: tolsero a lui l'esclusivo esercizio del suo diritto; permettendo la contemporanea funzionabilità delle posteriori ipoteche. Ma se i loro temperamenti bastano nel caso che tutti concorrano sullo stesso fondo, invano li desideriamo in questo caso del concorso delle collettive colle ipoteche speciali. Se nelle leggi antiche i posteriori creditori non potevano difendersi in tutti i casi dall'arbitrio del primo, e se per le leggi moderne a quel suo arbitrio fu imposto un freno nel caso del loro concorso sopra un solo ed identico fondo, rimane nell'altro caso intatta l'opera conciliativa del Legislatore e del giureconsulto: rimane cioè a trovare un provvedimento per la composizione di questi contrarii.

(1) Mattei, al § 471 Cod. civ. austr. appendice I, art. 2114, num. 8. Questi pericoli furono mess in rilievo anche da Luigi Chiesi *sist. ipot.* num. 548.

Ma il Legislatore non proferì ancora in questa emergenza l'oracolo suo. Che deve fare il giureconsulto? Dovrà egli indifferente spettatore permettere il sacrificio dell'una parte, o non invece cercare un partito di composizione, che possa adoperarsi dal privato giureconsulto senza arrogarsi l'autorità legislativa?

Il primo e più decisivo rimedio che si potrebbe suggerire ai posteriori creditori con ipoteca speciale è quello di dimettere col *jus offerendi* il creditore dall'ipoteca collettiva, e per tal guisa ottenerne la surroga, e con essa realizzare l'ipoteca collettiva in modo che non nuoccia alla propria speciale (1).

Ma nel caso che essi non potessero per mancanza di mezzi pecuniarii ottenere la dimissione di quel creditore, la posizione loro rimane allo stesso imbarazzo, che è assai difficile a sciogliere con un qualche ripiego che pel consenso generale della giurisprudenza assicuri l'indennità loro.

Noi però non dividiamo in questo l'opinione di Troplong, ove dice: che allorquando il creditore con posteriore ipoteca speciale non avesse presa la precauzione di farsi surrogare col pagamento fatto nelle mani del creditore munito d'un'ipoteca anteriore collettiva, bisogna decidere senza esitazione che, se questa ipoteca collettiva assorbe il prezzo e nulla rimane ad essi, sieno del tutto spogli d'ogni diritto sugli altri beni del debitore (2). Imperocchè ci lusinghiamo di potere, se non in tutti i casi, almeno in alcuni, suggerire qualche modo efficace alla desiderata conciliazione.

Varii sistemi in proposito furono esibiti: esaminiamoli partitamente.

8. Primo sistema: ***far sì che il creditore dall'ipoteca collettiva ne ripartisca il soddisfacimento sopra ciascun fondo obbligato in giusta proporzione del rispettivo valore*** (3).

Questo partito sembra a prima vista racchiudere la pretta negazione del diritto del creditore dall'ipoteca collettiva, cioè del principio dell'individualità e indivisibilità attiva di questa sopra qualunque fondo. Però noi non crediamo che quel principio non debba in qualche eventualità pratica dimettere alcun che del suo rigore e della sua dogmatica assolutezza, come avviene d'ogni altro principio giuridico, che non ha nulla di sostanziale in sè, ma ben si modifica, quando senza sconcio all'uno de' termini, fra i quali è rapporto, si sostituisce un equivalente. Termine ultimo dell'individualità attiva dell'ipoteca è la pronta e sicura soddisfazione del credito professato: quando in alcun altro modo questo fine si può raggiungere, cade ogni necessità logica di quella legge intermedia. Fattore di questa trasposizione giuridica è quel sovrano principio melodico: ***quod tibi non nocet et alteri prodest, venit jure concedendum: hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur*** (4).

(1) Gauthier, *subrogation*. num. 250.
(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 758.
(3) Gauthier, *subrogation*. num. 255.
(4) Arg. ex leg. 2, § 5. Dig. *de aqua pluv. arcend.*

Così è che, allorquando il creditore dall'ipoteca collettiva può in qualsivoglia modo realizzare il suo diritto anche senza rincarire la sua pretesa col principio della individualità, il *summum jus* deve cedere il luogo all'equità, il diritto individuale al civile, senza di che degenererebbe in una esosa ingiuria verso le pur giuste reclamazioni de' seguenti creditori. Ond'ebbe Tarrible a dire: questo principio dell'indivisibilità non ha altro scopo che quello di procurare al creditore de' mezzi più pronti e sicuri di ricuperare il valsente del suo credito; quando però avesse utilizzato il suo diritto in tutta la sua latitudine, non ci ha ostacolo, affine di controbbilanciare l'interesse dei terzi, e distribuire questa ipoteca sopra tutti i fondi obbligati, in tante rate proporzionali al loro valore (1).

È però difficile, e non è sempre possibile di attuare questo provvedimento; avvegnachè talvolta non può il creditore ripartire la sua ipoteca collettiva senza disagi e gravi pericoli: quando cioè tutti i fondi obbligati non vengono nell'istesso giudizio d'ordine, e il loro prezzo non è oggetto dello stesso riparto. In questo caso se lo si obbligasse a questa divisione, lo si obbligherebbe a ricevere quella sola parte di pagamento che sarebbe prestata da quel fondo che fu venduto, e dovrebbe per le restanti quote esporsi a nuovi atti giudiziali, e mettersi al rischio anche di perderlo o diminuirlo nel caso di deterioramento o distruzione del fondo non esecutato. Allora parlerebbe in suo favore il principio dell'individualità dell'ipoteca; dappoichè declinando dalla salutare sua efficienza verrebbe a soffrirne, e quindi rimarrebbe egli sacrificato all'indennità degli altri creditori, i quali come posteriori, ed assai più improvvidi per la specialità della propria ipoteca, meritano certo assai minori riguardi. In tal caso adunque il sistema suggerito piuttosto che conciliativo riuscirebbe violento, lesivo e quindi ingiusto e da rifiutarsi. Il principio dell'indivisibilità dell'ipoteca, scrive Troplong, resiste a questa pretesa. Il creditore munito d'un'ipoteca generale anteriore non può venire astretto ad una discussione lunga, imbarazzante e dilatoria. In caso contrario la sua ipoteca generale lo aggraverebbe anzichè avvantaggiarlo: tant'è che si fosse limitato ad un'ipoteca speciale, che gli avrebbe risparmiato tante lungaggini (2). Quindi Gauthier ebbe a conchiudere energicamente: che se alcune decisioni giudiziarie hanno creduto in simile circostanza di poter rimettere il creditore munito d'un'ipoteca generale a farsi pagare sopra beni, il cui prezzo non era ancora da distribuirsi, o che non erano stati ancora venduti, esse sono a riprovarsi, perchè contenenti in questo riguardo un vero eccesso di potere (3).

Ma nell'altra ipotesi, che cioè tutti i fondi obbligati all'ipoteca collettiva cadessero nello stesso giudizio d'ordine, e fossero oggetto dello stesso riparto, il sistema proposto non avrebbe per avversità insormontabile il

(1) Tarrible nel *Repert.* di *Merlin*, v. *transcription*, § 6, num. 5.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 752-754.

(3) Gauthier, *subrogation*, num. 258.

principio dell'individualità: perchè, potendosi colla somma de' prezzi ottenuti dalla vendita di ciascun fondo dimettere immediatamente e per intero il credito della suddetta ipoteca, non fa differenza ed ostacolo il donde provenga il danaro del pagamento, e il modo con cui si faccia (1).

Dunque questo sistema in questa speciale circostanza può ammettersi, e quindi Mevio (nella fattispecie imaginata di sopra) avrebbe 30 sul fondo A, 30 sul fondo B, 30 sul fondo C: in tutto 90, che è la somma del suo credito. E quindi sul fondo A rimarrebbe 60 a Sempronio, sul fondo B 60 a Martino, sul fondo C 60 a Paolo.

Può ancora ammettersi questo temperamento di Grenier, che senza costringere il creditore dall'ipoteca collettiva a ricevere tante rate di pagamento dai diversi acquirenti di più fondi, si possa assegnarglielo sopra un solo fondo, rimettendo il creditore con ipoteca speciale sopra di questo ad esigere quelle quote in di lui vece sugli altri fondi (2). Tutto si ridurrebbe ad una delegazione di pagamento, che il creditore speciale ben s'affretterebbe di accogliere: fortunato se in questo modo facile si sottrae al temuto concorso dell'ipoteca collettiva.

E questo partito fu adottato in un caso riferito dallo Zini (3). Il marchese Olevano avea un'ipoteca collettiva sopra due fondi situati l'uno nel territorio di Lodi, l'altro su quello di Pavia: sul primo aveano ipoteche speciali posteriori Carlo Parodio con altri; sul secondo i fratelli Fassi eredi Soardi. Ambedue i fondi per consenso delle parti vennero nello stesso giudizio d'ordine, ventilato nel tribunale di Pavia. Lo stesso conte Olevano incaricato del riparto si assegnò il pagamento del suo credito sul prezzo del fondo di Lodi. Avvantaggiavano i creditori su Pavia. Quei di Lodi, chiesero la riforma del riparto, e col decreto 18 maggio 1827 l'ottennero. Il tribunale diceva: osservato che il conte Olevano per l'ipoteca generale ha diritto di essere pagato su qualunque parte dei beni ipotecati, ed è quindi giusto che egli nel riparto si collochi prima sul prezzo dei beni di Lodi, poi su quello dei beni di Pavia; osservato che i creditori con ipoteca speciale sul fondo di Lodi non possono impedire questa collocazione, ma solo possono impetrare di subentrare nei diritti dell'Olevano stesso per quella parte di prezzo, cui l'Olevano avea diritto sui beni di Pavia: riforma il riparto in ciò, che fermo il diritto dell'Olevano, debba il prezzo degli altri beni di Pavia essere ripartito per la quota proporzionale, cui avrebbe avuto diritto l'Olevano, in favore de' creditori di Lodi. S'appellarono i fratelli Fassi eredi Soardi: e l'Appello lombardo con decreto 17 agosto 1827 confermava il riparto dell'Olevano. Ma l'aulico decreto 25 gennajo 1828 confermò il decreto di prima istanza.

Conchiudasi adunque che questo primo sistema è giusto ed applicabile col temperamento di Grenier, nel caso che il prezzo di tutti i fondi sog-

(1) Troplong *des priv. et hyp.* num. 760.
(2) Grenier *hypothèq* num. 180.
(3) Zini, *Giurisprud prat* vol. 10 par. I pag. 66

getti all'ipoteca collettiva cadesse nello stesso riparto. Però a questo sistema resiste un'obbiezione; essendochè ripartendo l'ipoteca collettiva equabilmente sopra ciascun fondo si favorirebbe l'ultimo creditore egualmente che l'anteriore. Perchè Sempronio avente l'ipoteca speciale per 80, ed anteriore a Martino e a Paolo, perderebbe le 20, avendo solo 60 sul prezzo residuo del fondo A; Martino perderebbe l'egual somma, e Paolo al contrario, sebbene l'ultimo creditore, otterrebbe l'integrale pagamento del suo credito di 60: coloro sariano dunque ad onta della loro priorità e prelazione ipotecaria a peggior condizione dell'ultimo.

9. Questa obbiezione diè causa ad un SECONDO SISTEMA, col quale, in questo medesimo caso che venissero in una stessa esecuzione tutti i fondi ipotecati, si vorrebbe *ripartire l'ipoteca collettiva in modo che le anteriori ipoteche speciali non soffrano pregiudizio dal concorso delle ipoteche speciali posteriori* (1). Valga ancora l'esempio che ponemmo di sopra. Abbia Sempronio il suo credito di 80 sul fondo A del valore di 90, e rimanga 10; abbia Martino il suo credito di 80 sul fondo B, e rimanga 10; abbia Mevio questo residuo di 20, indi realizzi le residue 70 sul fondo C, e rimanga all'ultimo creditore Paolo la somma di 20, e perda le altre 40 del suo credito. Questa partizione si raccomanda a prima vista come preferibile sull'antecedente; perchè si dice che l'ultimo creditore meriti minori riguardi per aver contrattato col debitore in un tempo in cui tutta la sua proprietà era assorbita dalle precedenti ipoteche (2).

In questo senso la pratica francese, e con essa Grenier (3), Troplong (4) e Gauthier (5) si sarebbero decisamente pronunciati. Tuttavia non v' ha forse cosa più evidente che la opinione contraria, quando si osservi che la priorità temporale non può aver luogo tra ipoteche che cadono sopra fondi diversi, e non concorrono in alcun modo sopra un solo di essi; le quali perciò rimangono, l'una rispetto all'altra, perfettamente estranee, e non collegate da alcun rapporto. L'ultima ipoteca non sarebbe veramente nè prima nè ultima in rispetto a quelle che affettano gli altri fondi. Il creditore Paolo (nell'esempio allegato) non ha alcuna ragione di essere posposto a Sempronio e Martino; ma per essi *non tam potior quam solus esse videtur* (6). Questo riflesso non isfuggì neppure a Gauthier (7), il quale però non vi fece sopra quell'attenzione che sembraci avesse dovuto meritare. Tuttavia non ci sembrano d'alcun valore le sue ragioni contrarie; perchè col ripetere che l'ultimo creditore sia il meno meritevole di protezione, è lo stesso che dire, che la prelazione ipotecaria

(1) Gauthier, *subrogation*. n. 255.

(2) Grenier, *hyp*. num. 182, Gauthier, *subrogation*. num. 257, Troplong, *des priv. et hyp. préface.*

(3) Grenier, *hyp*. num. 182 e 183.

(4) Troplong, *des priv. et hyp*. num. 760 e 761 coi giudicati da esso riferiti.

(5) Gauthier, *subrogation*. n. 257 coi giudicati riferiti.

(6) Leg. 2, Dig. *qui potior in pign*. Vedi § XLVII num. 11.

(7) Gauthier, *subrogation*. num. 256.

in ragione di tempo ha luogo in riguardo ad ipoteche costituite sopra proprietà differenti. Nè possiamo commuoverci per l'accusa che colla nostra opinione si aprirebbe un libero sfogo alle frodi, abilitando il debitore già insolvibile a paralizzare con finte ipoteche l'efficacia delle precedenti ipoteche speciali (1): avvegnachè rispondiamo che la legge non deve tutelare il privato più di quello che l'ordinaria prudenza provvederebbe. Il precedente creditore si è egli accontentato d'un ipoteca speciale, già superata dal concorso d'una ipoteca generale o collettiva? *imputet sibi.* I registri ipotecarii lo avvertivano di quel pericolo. Nessuno del resto vorrà dubitare che il debitore potesse concedere quell'ipoteca posteriore: e nessun prudente giureconsulto vorrà essere corrivo di tanto da stimmatizzare per illusoria o fraudolosa quell'ipoteca, per ciò che fosse stata presa sopra un fondo alcun tempo dopo che altri fondi furono ipotecati. Però riconobbe l'indecenza di questa accusa lo stesso Gauthier (2), ove domanda a sè stesso, qual è quell'atto che non si possa in qualche caso appuntare d'una simulazione fraudolente? Non è per una simile possibilità, dic'egli, che quando nessuna prova si oppone alla sincerità di un'atto, che si può diniegargli l'efficacia: solo possono i giudici reprimere la frode quando è dimostrata.

La sorgente di tutte queste obbiezioni si trova nei motivi del decreto 16 luglio 1821 della corte di Cassazione francese, ove si dice: « In fin di fine, s'egli è della natura dell'ipoteca speciale di restringere la sua efficacia all'immobile che ne è oggetto, è pure nello spirito generale del sistema ipotecario d'aver riguardo all'anteriorità dei diritti acquisiti; perchè il creditore che ha prestato per ultimo ha avuto minor ragione di fiducia nella solvibilità del debitore di quella che avessero avuto gli altri (3) ». Curioso ragionamento è questo: si concede che un dato principio sia vero, ma si vuole insieme che sia vero anche il suo contrario. Si concede che l'ipoteca non ha efficacia sopra un fondo, sul quale non cade, e si vuole insieme che abbia la realità e la priorità (corollario della realità) sopra un fondo diverso. Se questa non é una formale contraddizione, non sapremmo dove trovare alcun' altra più saliente.

In quel decreto ci si regala anche il *perchè* di quella contradditoria proposizione. Esaminiamolo, se non foss'altro per rintracciare l'errore entro i più scuri ripostigli. Perchè, vi si dice, il creditore che ha dato a prestito per l'ultimo ha avuto una minor ragione che non gli altri di credere alla solvibilità del debitore. Epperchè domandiamo noi alla nostra volta? Bisognerà pur concedere che talvolta egli non avrà conosciuto le precedenti ipoteche speciali, perchè cadenti sopra fondi, sui quali non venendo ad acquistare alcun diritto, non interessavagli di cono-

(1) Grenier. *hyp.* num. 183. Gauthier, loco citato.

(2) Gauthier, *subrogation.* num. 249.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 760. Gauthier, *subrogation.* num. 237.

scere la condizione giuridica. In questo caso egli non è altrimenti demeritevole che gli si faccia giustizia secondo i principii generali del diritto, e non meno degli altri creditori speciali, che si sono accontentati d'un ipoteca primeggiata pur essa dall'ipoteca collettiva.

Suppongasi ancora che egli avesse conosciute le precedenti ipoteche speciali. E che si conchiuderà da ciò? Che egli dovesse rispettarle? Ben sia. Ma egli le ha rispettate nel loro essere, nell'efficienza loro. Che altra efficienza aveano esse che la efficienza reale? Questa non estendevasi sul fondo ipotecato all'ultimo creditore. Vorrassi forse dire: conosciuto che più erano i debiti che non l'attività del debitore, mal si comporta quegli che gli concede credenza? O in termini più legali: vorrassi dire che un creditore chirografario (che tale è il creditore ipotecario del fondo A per rispetto al fondo B), possa annullare tutte le ipoteche posteriori perchè posteriori al suo credito? Io non so dopo che esiste un diritto ipotecario un tal dubbio sia durato alcun momento in un serio cervello. Perchè profonda è la distinzione del credito personale e del credito reale. Chi si accontentò dell'ipoteca sul fondo A non volle o non ebbe l'ipoteca sul fondo B: non è quindi nè priore, nè posteriore alle ipoteche concesse sopra questo. Chi ha acquistato un' ipoteca sul fondo B, si oppone coll'efficacia reale sopra qualunque pretesa non iscritta sopra questo fondo: quindi tanto meglio esclude la bizzarra pretesa di priorità. L'uno può accontentarsi d'un'ipoteca sul fondo A, l'altro d'un'ipoteca sul fondo B; ma il creditore ipotecario su A non ha diritto reale su B: a suo riguardo è creditore chirografario. Un creditore chirografario non può distruggere un' ipoteca aquistata da un chirografario posteriore. Queste mi sembrano nettissime ragioni. E chi dubitasse ancora non ha che a consultare in proposito le eloquenti rimostranze di un ornatissimo giureconsulto, qual è Luigi Chiesi (1): col quale conchiuderemo che questo secondo sistema è inamissibile.

10. Nel caso che uno stesso giudizio d'ordine e di riparto non comprendesse il prezzo di tutti i fondi soggetti all'ipoteca colleltiva, vedemmo essere impraticabile il primo sistema proposto. Rimane perciò a ricercare in proposito un opportuno provvedimento.

TERZO SISTEMA, secondo la seguente proibizione di Tarrible: ***che il creditore denudato della sua ipoteca speciale per la concorrenza dell'ipoteca collettiva meriti d' essere surrogato in questa stessa ipoteca collettiva, e possa esercitarla sopra gli altri fondi cobbligati ad essa: però non oltre la quota che ciascun fondo avria dovuto prestare, se si fosse stabilita una proporzione tra l'importo dell'ipoteca collettiva e il valore di quelli*** (2). Cosi nella superiore ipotesi, esercitando Mevio la

(1) Chiesi, *sist. ipot.* num. 349, vol. 3, pag 55.

(2) Tarrible, *Répertoir de Merlin, v. transcription*, § 6, num. 5, Grenier, *hyp.* num.

sua ipoteca collettiva sul fondo A, rimane scoperto Sempronio: epperciò è costui surrogato nella stessa ipoteca collettiva allo scopo di ricuperare in parte il suo credito di 80 sopra i fondi B e C a danno dei creditori Martino e Paolo. Siccome il credito collettivo fu per noi imaginato di 90, e il valore di ciascun fondo trovasi pure di 90, così il credito suddetto sta al valor complessivo dei fondi, come 1 a 3: quindi la quota di ciascun fondo è eguale ad un terzo. Dedurrà quindi Sempronio questo terzo, come dovuto dal fondo A, ed eserciterà la residua ipoteca collettiva di 60 sui fondi B e C, compensandovi la pari somma del suo credito di 80, e perdendo le 20. Suppongasi invece che il credito di Sempronio fosse stato di 40, egli colla surroga non avria potuto ricuperare di più di ciò che interessa al rimborso del suo credito, cioè esigerebbe da Mevio e da Martino solamente l'importo di questo.

Questo sistema è somigliante al primo, modificato dalla proposta di Grenier, che cioè il creditore dall'ipoteca collettiva eserciti l'individualità del suo diritto dove meglio gli piace, ma deleghi al creditore speciale le sue ragioni sugli altri fondi nel modo stesso ch'egli le avrebbe esercitate, se avesse spartita la sua ipoteca in proporzione del valore di tutti i fondi obbligati. Ma presso la comune degli scrittori francesi questo sistema è rifiutato, massime per due ragioni. Per la prima dicono che la surroga, che si vuol concedere al creditore speciale, è fittizia, e come tale non può valere, perchè la surroga, secondo essi, è di stretto Diritto, e quando non è espressamente concessa dalla legge, non può essere indotta e riconosciuta dal privato giureconsulto (1). E quando anche la surroga fosse concessa con maggiore estensione, come ad esempio nel Diritto austriaco (2), ella sarebbe pur sempre fittizia; perchè non s'appoggia sull'effettivo pagamento del secondo al primo creditore, ma sulla gratuita supposizione che il prezzo che sarebbe toccato al secondo creditore fosse quasi stato ceduto da esso lui al primo. E di vero il prezzo era dovuto al primo creditore coll'ipoteca collettiva, ed a lui direttamente pagato dall'acquirente del fondo venduto o da persona all'intutto diversa dal secondo creditore, e questi per essere secondo non ebbe mai diritto a quel prezzo, nè lampoco lo toccò: non può dunque averlo impiegato in pagare colui, e non può dirsi surrogato (3).

Ma se questi due ostacoli riescono invincibili ai comentatori della legge francese, noi ne accagioniamo lo sviluppo parziale e imperfetto di questa; la quale non avendo elevato per anco i particolari aforismi della tradizione alla dignità d'un principio superiore (4), non potè indi som-

179, Troplong, *des priv. et hyp.* num. 756.

(1) Il che è riconosciuto dallo stesso Tarrible, loco citato. Grenier, *hyp.* num. 179. Delvincourt, tom. 8, pag. 82. Troplong, *des priv. et hyp.* num 758. Gauthier, *subrogation* num. 224-246.

(2) § LI. num. 17 o 21.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 758, Gauthier, *subrogation*, num. 245.

(4) § LI num. 20.

ministrare un criterio di deduzione sufficiente per le remote contingenze pratiche che esaminiamo. Con dir questo richiamiamo alla memoria quello che dissimo del Diritto austriaco (1), vero ristoratore del principio sommo della surroga; richiamiamo eziandio ciò che dissimo intorno all'induzione e alla immediata deduzione di questo principio, che vuol essere limitato od esteso secondo il comporta il suo contenuto analitico. Nell'induzione dissimo che la disposizione imperativa per cui il pagatore d'un debito altrui è surrogato nel credito dimesso, supponesse un principio razionale: che siffatto principio ossia la causa della surroga non consistesse nel fatto materiale del pagamento, perchè questo per sè solo, anzichè trasferire, estingue il credito; ma si dovesse collocare *nell' interesse medesimo del pagatore*, *combinato coi possibili riguardi verso il creditore e i terzi* (2).

Sotto la luce viva di questo principio ci sembra che le due obbiezioni proposte dai francesi scompajano: perocchè se la surroga, almeno secondo la nostra legge, è retta da un principio superiore e generale, non è più un provvedimento particolare, eccezionale e limitato da tutte le restrizioni e proibizioni d'una giurisprudenza che non vi si conosce altra derivazione che dal beneplacito del Legislatore: quindi può estendersi a qualunque caso che non fosse previsto, purchè fosse incidente nel raggio di quel principio. Scompare eziandio la seconda obbiezione, che la surroga del caso proposto sia fittizia perchè scompagnata dal pagamento; essendochè questo non si considera come causa efficiente di essa, ma come semplice occasione determinante, alla quale si può sostituire alcun altra: ma la causa vera consiste nell'interesse di chi vuol la surroga, che sia compatibile coll'interesse del creditore dimesso e dei terzi.

Con questo non abbiamo però sciolto il nodo della quistione: non abbiamo ancora dimostrato il come può avvenire questa surroga; non abbiamo ancora dimostrato la sua possibilità legale colla deduzione dal principio predicato. Procediamo dunque.

Può avvenire che il creditore dall' ipoteca collettiva sia disposto ad acconsentire alla surroga in beneficio del creditore dall'ipoteca speciale; può avvenire che, rifiutandosi colui, la chiegga questi al giudice, la cui autorità supplisse alla renitente volontà del privato: *factum judicis reputatur factum partis*. Vediamo se nel primo caso si possa concedere una surroga efficace. Lo può, crediamo, il creditore dall'ipoteca collettiva, quand'egli dichiarasse in prò del creditore dall'ipoteca speciale di ricevere il pagamento del prezzo assegnatogli nel riparto, in due distinte maniere. Per l'una lo riceverebbe in quella porzione che gli toccherebbe se avesse diviso la sua ipoteca collettiva equabilmente sul valore di ciascun fondo ipotecato; per la rimanente parte farebbe una rinuncia all'individuatità della sua ipoteca in prò di quel creditore, che gli verrebbe

(1) § LI num. 17 e 21

(2) § LI num. 35 b.

secondo, ma col patto, corrispettivo, che questi gli lasciasse la stessa parte di prezzo in luogo di pagamento del suo residuo credito, e allo scopo di ottenerne la surroga efficace nelle restanti sue ragioni ipotecarie sopra gli altri fondi non ancora escussi. Questa convenzione mi sembra lecita e nelle sue parti e nella sua complessiva efficacia; perchè il creditore può rinunciare all' individualità della sua ipoteca, senza rinunciare all'ipoteca medesima: può limitare la sua azione a una parte del fondo o del prezzo, senza perdere il diritto di reagire sopra gli altri fondi per la rimanente parte del credito insoluto. Potendo rinunciare a questa prerogativa, alla sua rinuncia può porre quelle condizioni che gli sembrano più confacenti al suo interesse: quale quella di indurre il secondo creditore a dimetterlo in vista dei beneficii della surroga conseguente. Questi può ottenerla e adoperarla contro i terzi; perciocchè il surrogante col rinunciargli in parte l'individualità del suo diritto, e col ricevere il pagamento all'effetto della surroga, non estinse il credito corrispondente, ma lo trasferì in esso secondo.

Più difficile è il caso che il primo creditore non volesse prestarsi a questa complicata transazione. Potravvi supplire l'autorità del giudice?

Tra due creditori che contendono, l'uno ad evitare un danno, l'altro non per non perdere, nè per guadagnare, ma solamente per un rifiuto o immotivato e irragionevole, o malizioso per rovinare o favorire a suo arbitrio gli altri creditori, l'equità del giudice non può stare indifferente. Ma avrà egli diritto di costringere il renitente? Già avriano risposto gli antichi: ***non est malitiis indulgendum si nil laturus sis nisi ut officias.*** Ma trattandosi di eccitare e determinare la volontà reluttante di un cittadino può sembrar dubbio, se l'autorità dell' interprete della legge possa funzionare dove la legge tace, poichè quella non è illimitata, nè s'estende oltre la sfera della legge, nè il magistrato può dappiù di essa: *ne eo magis lege liberi sunto*, era scritto nelle XII tavole (1).

Non è vero tuttavia che dove tace la legge non possa supplire talvolta l'equità del magistrato; poichè il Codice civile austriaco nel § 7 lo autorizzò nei casi veramente dubbii a giudicare *secondo i principii del Diritto naturale, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, maturamente ponderate.* Per questo principio generale di competenza non potrebbe è vero il giudice imporre un vincolo al privato, nemmeno nel caso che ci fosse una necessità urgente nell' ordine civile, perchè allora s'usurperebbe l'autorità legislativa, e la libertà e il ben'essere individuale sarebbero esposti a quotidiani pericoli, agli abusi d'un sì esagerato potere. Ma dove una decisione non offenderebbe un legittimo o naturale interesse, e favorirebbe insieme un vero ed urgente contrario interesse, sembraci che possa essere proferita e valere come emanazione d' una autorità legittima e competente. Così nel caso nostro potrebbe il giu-

(1) In Gottofred. XII *tabul. fragm.* lib. 1, in fine.

dice temperare l'individualità dell'ipoteca collettiva in modo da non offendere il vero e legittimo interesse di chi la professa, e nello stesso tempo in modo da favorire la compossibilità di questa colle altre ipoteche.

11. Come in riguardo al primo sistema, così anche in riguardo al terzo si appone l'obbiezione: che quella ripartizione proporzionale al valore di ciascun fondo obbligato all'ipoteca collettiva favorisce l'ultimo creditore con ipoteca speciale, in pregiudizio degli anteriori (1). Questa obbiezione diè luogo ad un altro progetto limitativo del precedente.

QUARTO SISTEMA: *la surroga, che si concede al creditore con ipoteca speciale offeso dal concorso dell'ipoteca collettiva, non potersi esercitare in danno degli altri creditori aventi ipoteca sui fondi coobligati all'ipoteca collettiva, se non in ragione della data dell'inscrizione della propria ipoteca.*

Questo sistema corrisponde perfettamente a quello che esaminammo come secondo; solo differisce in ciò, che il primo riguarda il caso che non tutti i fondi coobligati all'ipoteca cadono nella stesso ripàrto, il secondo nel caso opposto. Ma il principio da cui muovono è l'identico, e quindi non può essere diversa la conclusione nostra. L'obbiezione e il provvedimento relativo che prendiamo in esame furono accreditati nella giurisprudenza francese, come dissimo di sopra, e furono nel caso speciale proposti e difesi da Troplong (2) e da Gauthier (3) e la dottrina di costoro fu adottata nell'art. 2330 del Codice albertino, formulato così: « qualora accada che un creditore anteriore avente un'ipoteca generale ottenga la soddisfazione del suo credito sopra uno o più determinati fondi affetti da ipoteca speciale a favore di altro creditore, s'intenderà questi, ove sia perdente, subentrato per surrogazione legale all'ipoteca generale, che il creditore soddisfatto aveva sopra gli altri immobili del debitore, all'effetto di poter fare inscrivere su tali immobili il suo credito, ed essere poscia collocato sul prezzo dei medesimi, *alla data però soltanto della prima iscrizione fatta del proprio credito.* Lo stesso diritto competerà sugli altri stabili del debitore ai creditori perdenti in seguito di detta collocazione ».

Questa dottrina piacque tanto che fu adottata eziandio nel progetto di legge elaborato nell'ultima assemblea legislativa francese, col nuovo art. 2106 che termina con queste parole: il creditore ipotecario che sarà stato primeggiato in un giudizio d'ordine da un creditore avente un'ipoteca sopra più immobili, sarà surrogato di pieno diritto a questa ipoteca, ma *solamente alla data dell'iscrizione da lui presa per la garanzia del proprio credito* e fino alla concorrenza d'una somma che non ecceda

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 757. Gauthier, *subrogation*, num. 247-248.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* ibid.

(3) Gauthier, *subrogation*, ibid.

l'ammontare del credito di colui, all'ipoteca del quale è surrogato (1).

Vediamo quali ragioni si credettero bastevoli a giustificare queste novità legislative. Dice Troplong: bisogna vigilare che non sia messa in opera la surroga per mandare avanti a tutti gli altri un creditore posteriore in grado; chè la frode è ingegnosa, e la si è veduta avvantaggiarsi d'una combinazione basata sulla giustizia per far trionfare delle ipoteche inferiori in grado a scapito delle anteriori... come se per es. il creditore con un'ipoteca speciale ultima in grado volesse colla surroga far gravitare l'ipoteca generale sul fondo obbligato ad un anteriore ipoteca speciale (2). Ma il comentatore francese con questa ipotesi non pone la vera quistione; perchè domandiamo piuttosto se la surroga debba esercitarsi sulla quota proporzionale di ciascun fondo coobbligato all'ipoteca collettiva, e non invece se si possa esercitare solamente sui fondi ipotecati ad altri, avuto riguardo alla data dell'ipoteca speciale del creditore surrogato nella collettiva. Noi conveniamo secolui che nessun creditore, e tanto meno l'ultimo dei creditori speciali, possa esercitare la surroga per intero sopra qualunque altro fondo. E sarebbe cosa miserevole se diperdendosi in questo labirinto di ipotesi, dovessimo tornare al punto da cui movemmo, se cioè l'ipoteca collettiva o la surroga in essa dovesse esercitarsi, posposto ogni riguardo al diritto coesistente dei creditori con ipoteca speciale.

Ma tra questo partito, ossia tra il dare questa esagerata importanza all'ipoteca collettiva, e il concedere la soverchia e immeritata considerazione alla priorità dell'ipoteca speciale, ci ha questo partito di mezzo: ci ha il terzo dei sistemi da noi ventilati: cioè quello di dare efficacia alla surroga, e di ripartire l'ipoteca collettiva in ragione proporzionale contributiva del valore di ciascun fondo coobligato.

Ridotta la quistione ai veri termini, cioè non trattandosi qui di attribuire alla surroga ottenuta dall'ultimo creditore l'assolutezza del suo esercizio, la stessa individualità che competeva all'autore dell'ipoteca collettiva, cadrebbe anche l'obbiezione del preopinante. Pure se volessimo prenderla in considerazione come inerente alla nostra ipotesi, non avressimo che a ripetere ciò che rispondemmo nella confutazione del secondo sistema, ed a valerci dell'autorità di Gauthier, che in questa occasione pur egli la combatte (3).

Nè crediamo dissimile questo quarto sistema dal secondo; e se v'ha alcuna differenza nella diversità del caso, ella si volge tutta a favore

(1) Chiesi, *sistema ipot.* num. 549. Gauthier, *subrogation.* num. 246, in notis. Avvertisi per incidenza come l'ultimo versetto di questo articolo (*e fino alla concorrenza...*) sia ozioso: perchè nessuna surroga può dare al surrogato un credito maggiore di quello che spettava al surrogante: § DI, n. 31. E vi manca invece quello che non fu omesso nell'art. 2380 del Cod. albertino: che quella surroga è concessa solo per ricuperare quella parte di credito che andava perduta pel concorso dell'ipoteca collettiva. Tant'è che il far le leggi non è un facile mestiere.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 757.

(3) Gauthier, *subrogation.* num. 248-251.

della nostra opinione. Si dell'uno che dell'altro sistema si può dire che la priorità d'un'ipoteca non può eccedere la virtualità inerente ad essa, e non può estendersi a danno delle ipoteche di altri fondi, quando la sua efficacia reale sopra questi fondi egualmente non si estende. La surroga nell'ipoteca colleltiva non può produrre questa maggiore efficienza all'ipoteca speciale anteriore sulle altre; può attribuire al surrogato l'ipoteca collettiva tal qnale è, o in una parte sola del credito; ma non conserva, nè aumenta l'ipoteca speciale anteriore del surrogato. Con questo ultimo sistema se ne fa una confusione strana e veramente disdicevole a giureconsulti che sieno appena avveduti nelle cose civili. Il sentimento dell'equità, l'intuizione diretta è buona a qualche cosa, è foriera e scorta alla riflessione del giusto: ma non è sufficiente fattore e difensore dei veri giuridici. Tant'è che il giureconsulto non avria maggiori titoli dell'nome volgare, ove non fosse instrutto d'apparati scientifici, inspirato dal particolar metodo che fa scienza de' suoi presentimenti informi. Concedasi la surroga nell'ipoteca collettiva: la si limiti ripartendola equabilmente su ciascun fondo; in ciò non v'ha alcuna ripugnanza, perchè il diritto ipotecario può limitarsi a determinati fondi, a determinata parte del credito, e può trasmettersi a qualunque persona. Ma togliere ad essa il grado suo proprio, ed attribuirle il grado dell'ipoteca speciale estinta dal suo concorso, è spogliare una cosa d'un suo elemento vitale, per ridarle una proprietà d'un altro diritto che in suo confronto è nullo. Tant'è che si dicesse, non essere mestieri nemmanco di questa surroga e di questa ipoteca collettiva: basta l'ipoteca speciale di un fondo per venire sopra di un'altro. Ma noi non possiamo intendere come ci possa essere una surroga in un'ipoteca, che al momento stesso e pel fatto stesso della surroga ha perduta l'individualità e l'efficacia propria. Vuolsi infingere d'adoperare l'ipoteca collettiva colla surroga sopra un altro fondo, e la si mutila nella parte sua essenziale. Non si può adoperare la ipoteca speciale sul fondo estraneo, perchè insufficiente a tal uopo, e perchè estinta dal concorso della collettiva, e pur si vuole conservarne il grado. Io non so qual forma logica dare a queste pretese. Ben'esse sono degne, il ripeto, di uomini profani alle giuridiche discipline: avvegnachè queste non valgono a dar loro, non dirò la ragione, ma nemmeno il nome. Dicono è una surroga di nuova specie; ma non possiamo consentirle nemmanco il nome di surroga: che per essere denominata con tal nome fa duopo che esista un oggetto e una materia di surroga: nè tale può dirsi l'ipoteca collettiva, quando le si toglie la prelazione originaria del tempo (1).

(1) Queste nostre impugnative sono colorite dal signor Luigi Chiesi, *sist. ipot.* num. 549, coll'usata sua gravissima e limpida eloquenza.

§ LXXVI.

Le spese occorrenti onde rendere liberi i fondi dalle ipoteche in causa di vendita coattiva, saranno, ove non esista patto in contrario, prededotte dal prezzo del fondo a favore dell'acquirente ed anche dei creditori, semprechè, in riguardo di questi ultimi, si tratti di crediti riconosciuti legittimi; escluse però le spese nelle cause di priorità, di cui nel § LXXIII, come pure le spese per la separata causa di liquidazione, di cui nel § LXXII, le quali non saranno a carico del fondo, ma bensì delle parti a termini del vegliante Regolamento giudiziario.

Arg. dal § ult. della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 e dai §§ 135, 136 e 138 del Regolamento giudiziario.

SOMMARIO

1. Quali spese, non accollate per espressa convenzione all'acquirente, si deducano dal prezzo.
2. Quali spese stieno a carico de' singoli creditori.

1. Nell'espropriazione del fondo ipotecato e nel consecutivo giudizio d'ordine, come anche nel processo edittale occorrono delle spese rilevanti, per le quali bisogna vedere come si procaccíano e come si rifondano a chi le avesse anticipate. Già nel § XLVII, num. 8, le abbiamo annoverate e distinte secondochè furono fatte per la ventilazione concursuale o per una espropriazione singolare; ed ivi pure le abbiamo qualificate come costituenti una classe di privilegi, che merita d'essere anteposta agli stessi creditori ipotecarii, e in genere alle pretese di coloro, per l'interesse dei quali fossero state erogate.

In genere si può dire nell'espropriazione singolare che le spese necessarie alla vendita del fondo, e come dice il nostro §, le occorribili a renderlo libero dalle ipoteche si prededucono dal prezzo del medesimo a favore dell'acquirente, ove non esista patto in contrario, ed anche a favore dei creditori le cui pretese fossero state riconosciute per liquide. Il che vuol dire: o nel capitolato per la subasta fu fatto obbligo all'acquirente di sottostare alle spese occorse ed occorribili, ed egli ne fa uno sconto approssimativo sul prezzo da offrirsi, che sarebbe totalmente erogato a beneficio dei creditori. O non si disse cosa alcuna, ed egli avria offerto un prezzo maggiore: ma da questo si deducono appunto quelle

spese che furono fatte nell'esclusivo interesse dei creditori: non però del proprio, come sarebbero quelle del deposito cauzionale dell'asta, e del decreto d'aggiudicazione.

Fu giudicato: godere dell'anticlasse le spese di una esecuzione promossa prima di ogni altro da un creditore, che avesse poscia desistito dalla medesima, perchè già incamminata a sua insaputa da un altro creditore sullo stesso fondo: sentenza 5 gennajo 1855 del tribunale civile di Bergamo, confermata colla sentenza 30 marzo 1855 dall'Appello lombardo (1). Notevoli sono i motivi e per questo riguardo delle spese, e per quello della contemporanea esecuzione di più creditori sullo stesso fondo, della quale dissimo nel § LXI num. 23. E diffatti dicevasi in prima istanza, essere incontrastabile che per le vigenti norme di procedura è libero a tutti i creditori, i cui titoli s'appoggiano a sentenza o convenzione giudiziale, d'intraprendere separatamente gli atti esecutivi a carico del comune loro debitore e sugli stessi immobili, onde mediante la giudiziale loro subasta, e col prezzo da questa ritratto pagarsi dei rispettivi crediti, tosto che siano scaduti, senza che l'uno di essi sia tenuto a conoscere o ad attendere l'operato dell'altro; nessuna legge esistendo che stabilisca il contrario; il creditore poi che desistesse in quel modo dall'esecuzione, nella mira soltanto di rendere più semplice e meno dispendiosa la procedura, dover essere indennizzato delle spese sostenute nell'esercizio del proprio diritto.

2. Non si deducono dal prezzo dello stabile, e non si sostengono dall'acquirente le spese cagionate per l'utilità o pel fatto particolare di ciascun creditore, secondo che è disposto nel § ultimo della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820, e ne' luoghi speciali ivi richiamati del Regolamento giudiziario. Nel § 135 di questa legge è detto che le spese del processo di priorità intentato e vinto da un creditore ipotecario, siccome giova ai creditori intermedii, così devono esse venire rimborsate dai medesimi in proporzione del profitto che ne avranno ottenuto. Donde si evince ciò che si dice nel presente nostro §, che le spese dei giudizii di priorità non si deducono dal prezzo del fondo. La stessa massima è pure adottata nel § 136 dello stesso Regolamento per riguardo ai creditori che fossero convenuti per la priorità da un altro; poichè le spese del comune procuratore si ripartiscono sopra ciascuno in proporzione delle rispettive pretese. E nel successivo § 138, come pure nel § ultimo della sovrana Risoluzione che comentiamo è stabilito che le spese sostenute da un creditore per il separato giudizio di liquidazione del proprio credito (nostro § LXXII) sono esclusivamente a suo carico.

(1) Gazzetta dei tribunali di Milano, anno 5, 1855, num. 52

CAPO QUARTO

DELLA CANCELLAZIONE DELL'IPOTECA

§ LXXVII.

Per togliere l'ipoteca basta che il credito assicurato da essa sia estinto col pagamento prima che sia anche cancellata dai pubblici libri, nei quali è inscritta. Il creditore soddisfatto deve però mettere l'ipotecante in istato di poter ottenere la cancellazione.

Arg. dai §§ 469, 1369 *e* 1444 *del Codice civile austriaco.*

SOMMARIO

1. Delle cause generali per le quali l'ipoteca si estingue.
2. Il pagamento del debito estingue l'ipoteca nei rapporti tra il debitore e il creditore o in beneficio dei terzi.
3. Estingue l'ipoteca anche nei rapporti coi terzi, salvo nel caso della notifica d'un subingresso o d'un suppegno. Il § 469 del Codice civile è inapplicabile al vigente reggime ipotecario.
4. Perchè il pagamento estingua l'ipoteca dev'essere totale, e fatto in modo legittimo. Dei modi diversi di pagamento, ossia del deposito giudiziale, della cosa giudicata e della rinuncia al credito.
5. Della dazione in soluto. Remissive al § LXXIX.

1. Dell'efficacia ipotecaria abbiamo discorso quanto basta dal lato dell'interesse che ha il creditore a realizzare il proprio diritto, sì nella via economica de' subingressi e del suppegno, sì nella via giuridica dell'azione ed esecuzione ipotecaria.

Ora dobbiamo gettare un ultimo sguardo alla materia ipotecaria dal punto di vista del debitore dell'ipoteca, il quale ha l'interesse contrario di far sì che l'ipoteca s'estingua e la proprietà fondiaria se ne emancipi. Perocchè l'ipoteca può in altri modi e per altre cause estinguersi che non per la determinazione deliberata del creditore a realizzarlo: può anzi soventi volte estinguersi contro voglia del medesimo, secondo le diverse eventualità che di presente classifichiamo.

L'ipoteca, come ogni altra cosa composta, si estingue col mancamento successivo di alcuna delle parti che ne costituiscono l'essenza (1). In questo riguardo non dobbiamo spendere molte parole dopo le tante cose che abbiamo discorse nella Parte prima del Trattato: poichè vedemmo in essa con quali condizioni ultime e impreteribili potesse sussistere l'ipoteca, e come in loro difetto fosse questa impossibile o in tutto, o in parte. *Causa pignoris cessante, pignus aut hypotheca cessat* (2). Per la qual cosa dobbiamo rivedere sommariamente ciascuna di queste condizioni o cause dell'ipoteca, e riscontrare nel loro difetto le corrispondenti cause risolutive.

Nel presente e nei successivi §§ LXXVIII-LXXX vedremo come si discioglie l'ipoteca per il mancamento del credito, al quale è cosa accessoria, e come questo mancamento avvenga o per pagamento o per novazione, o per compensazione o consolidazione, o in causa della prescrizione.

Nel § LXXXI tratteremo della fine o diminuzione dell'ipoteca per difetto della proprietà sulla quale fu costituita: e nel concetto di proprietà comprenderemo la parte subbiettiva in quanto è diritto, e la parte obbiettiva od economica rappresentata dall'immobile ipotecato, in quanto che pur esso può perire.

Nel § LXXXII accenneremo al mancamento del titolo ipotecario e quindi dell'inscrizione, in quanto può avvenire per rinuncia espressa o tacita od anche per semplice negligenza del creditore.

E v'ha di più. Con ciò sia evidente che il debitore ha interesse non solo di togliere la causa dell'ipoteca, ma di ottenerne la definitiva cancellazione, sia per avere in pronto una prova immediata della libertà de' suoi dominii, sia per evitare de' gravi pericoli alla sua quiete di possessore. La domanda della cancellazione è d'interesse immediato, e può proporla quando l'inscrizione non ha una causa legittima: laonde vedremo nei §§ LXXXIII-LXXXVI come possa egli efficacemente ottenerla e praticarla.

2. Di massima generale l'ipoteca si estingue quando il credito è estinto; e un diritto creditorio è tolto ordinariamente col pagamento, ossia colla prestazione di quanto è dovuto (3) (§ 1412 del Codice civile austriaco): e in tal caso il creditore soddisfatto deve mettere in istato l'ipotecante di poter ottenere la cancellazione dell'obbligo dai libri delle ipoteche (§ 1369 dello stesso Codice). Questa conclusione è nitida, ma per le leggi austriache non può essere generale; perciocchè il § 469 del Codice civile dispone diversamente, come vedremo discorrendo dei rapporti generali coi terzi. Però nei rapporti particolari tra il debitore e il creditore e per con-

(1) Donneau, *de pignor.* cap. 14, vers. *totidem modis.*

(2) Leg. 2, Cod. *de pactis.*

(3) Carozzi, *giurisprud. del Cod. civ. aust.* tom. 10, *pegno*, cap. 4, n. 1. Degli Sforza, *dir. di pegno.* cap. XII, § 44.

seguenza in beneficio del terzo possessore, la disposizione del suddetto § 1369 importa che il pagamento del debito trae seco l'obbligo della cancellazione, e per ulteriore corollario, dopo questa pratica, anche secondo il § 469 ne consegue che l'ipoteca si estingue.

Riteniamo dunque per ora come vera quella conclusione limitata; perchè siccome l'ipoteca è cosa accessoria, ossia è la sistemazione del credito, mancando questo manca l'oggetto, e mancando l'oggetto o il principale, manca pure il mezzo e l'accessorio: *cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent* (1). Per questa ragione concludevano in modo generale e in qualsivoglia rapporto gli scrittori secondo il Diritto romano, del quale si aveano i seguenti responsi: *si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur* (2); *item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum* (3).

La medesima conclusione generale è pure adottata nell'art. 2180 del Codice civile francese, e in tutti i Codici italiani che lo imitarono, nei quali è detto semplicemente che il privilegio e l'ipoteca si estinguono quando l'obbligazione principale non è più (4).

3. Il § 469 del Codice civile austriaco ci arreca questa notevole disposizione. « Il diritto di pegno cessa coll'estinzione del debito: quegli però che ha dato il pegno non potrà essere obbligato al pagamento del debito, se non gli sia restituito contemporaneamente il pegno. *Per togliere il diritto d'ipoteca non basta il solo pagamento del debito. La cosa costituita in ipoteca rimane obbligata fino a tanto che il documento del debito non sia cancellato dai pubblici libri.* » Altre volte già dissimo che questa legge è peculiare affatto al sistema tavolare (5), e che fu anche dichiarata inapplicabile al nostro reggime ipotecario nell'aulico decreto 7 dicembre 1838 n. 3174, col quale il Senato lombardo-veneto disse non occorrere nemmeno una declaratoria in proposito (6). E ponemmo pure la ragione di questa inapplicabilità nella mancanza dell'instituzione tavolare presupposta dal Codice civile, e nell'impossibilità di accogliere quel

(1) Leg. 129, § 1. Dig. *de div. regul. juris.*

(2) Leg. 13, § 2. Dig. *de pignor. et hyp.*

(3) Leg. 6. Dig. *quib. mod. pign. solv.* Vedi anche la leg. 8, § 3. Dig. *de pignor. action.* leg. 6. Dig. *de nautico fœnor.* leg. 1, Cod. *de distract. pignor. Institut.* § 1, *quib. mod. tollitur oblig.* Noguzant, *de pignor.* par. 6, m. 2. num. 12. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11, tit. 31, n. 1. M. Merlio, *de pign.* lib. 5, quæ. 1, num. 3 e 4, Zoesio *in pand. quib. mod. pign. solv.* n. 1.

(4) All' art. 2180 Cod. Napoleone corrispondono gli art. 2074, Cod. civ. siciliano; art. 2249, Cod. civ. parmense; art. 2298, Cod. albertino; art. 1186, Cod. civ. ticinese; art. 2251, Cod. civ. estense; art. 144, Motupropr. ipot. toscano.

(5) Introduz. num. XXIV, vol. 1, pag. 65, § XLVIII, num. 5, vol. 2, pag. 74. Basevi, *annotaz.* al § 469, n. 2 e al § 1449 del Cod. civ. austr. Foramiti, *Enciclopedia legale*, tom. 3, pag. 116, Voce: *inscrizione*, vers. *consenso alla cancellazione.* Rotondi, *in notis ad Ellinger*, man. *del Dir. civ. austr.* § 469.

(6) Circolare 13 dicembre 1838, n. 14638, dell'Appello lombardo, e Circolare 13 dicembre d. an. n. 17243 dell'Appello veneto.

precetto come incompatibile col vigente reggime ipotecario; secondo il quale l'inscrizione è condizione necessaria alla realità e quindi all'essenza dell'ipoteca, ma per sè medesima non costituisce una prova perfetta, un segno rappresentativo indubitabile della legittimità sua (§ XLVIII n. 5).

Ella è cosa certamente invidiabile che l'inscrizione avesse una siffatta virtù, poichè vedemmo come l'ideale del sistema ipotecario indirizzi i nostri voti a far sì che il capitale accreditato coll'ipoteca acquisti un potere di circolazione in beneficio del creditore, procurandogli col certificato dell'inscrizione e col documento creditorio un titolo certissimo della sua sicurezza, un segno rappresentativo del valore trasmissibile in qualsivoglia momento e colla facilità della semplice girata (§ LI num. 1). Ma questa idealità non si può concretare senza l'intermedio organo del sistema tavolare, e dove questo è desiderato, quella pure è un mero desiderio.

Rimanendo adunque circoscritta la virtù dell'inscrizione all'ufficio di requisito necessario alla realità dell'ipoteca, ne deriva che questa può essere nulla per il difetto, o può disciogliersi per il successivo mancamento di alcun altro suo requisito essenziale: qual'è il credito o l'obbligazione principale a cui l'ipoteca è un subordinato accessorio. Non occorre adunque di disputare più oltre dell'inapplicabilità degli ultimi due periodi del § 469: tanto più che la giurisprudenza locale dei giudicati non permise che se ne dubitasse: come abbiamo nel giudicato 7 agosto 1845 d'Appello confermato il 31 marzo 1846 del Senato lombardo-veneto, e in quello del 8 marzo 1847 di prima istanza confermato in Appello il 27 luglio 1847 (1).

Il signor Degli Sforza volle, com'egli disse, dimostrare *luminosamente* e *vittoriosamente* che il suddetto § sia vigente pure da noi nel senso che l'ipoteca potesse sussistere anche dopo il pagamento e fino alla cancellazione, in riguardo a un terzo che di buona fede avesse acquistato qualche diritto sull'inscrizione non cancellata (2). Ma per una siffatta dimostrazione luminosa e vittoriosa egli non si dà pensiero alcuno nè della contraria osservanza pratica, che noi abbiamo interrogata, nè dell'inapplicabilità della legge del § 469 al sistema de' registri ipotecarii modellati alla francese e conservati tuttodì in queste provincie. Tutt'al più ei allega delle disposizioni analoghe dello stesso Codice civile, e l'interpretazione di qualche comentatore tedesco, che non conchiudono nulla, perchè e il Codice e il comentatore suppongono ed alludono al sistema tavolare. Allega le disposizioni dei §§ 454, 455, 456, 460 e 469, in quanto riguardano il pegno di cosa mobile, per cui se fosse suppegnata in pro del terzo di buona fede, starebbe il suppegno quantunque fosse cessato il diritto del suppegnante. Ma queste disposizioni tengono piuttosto all'argomento dell'invalidità del pegno e dell'ipoteca costituita sulla proprietà

(1) Mattei, al § 469, n. 15, del Cod. civ. austr. Berella, *giornale di Giurispr. prat.* an. 1847, pag. 97 e 270 num. 7 e 17.

(2) Degli Sforza, *dir. di pegno* cap. XII, § 41 e 42, pag. 302 e seg.

altrui: si riferiscono a quel principio pratico della buona fede, che noi abbiamo illustrato e ristorato sotto il § XIV, ma riguarda la prova della base dell'ipoteca, cioè del dominio sul quale ella risiede, ed è affatto inapplicabile circa la validità stessa dell'ipoteca, alla cui prova non basta la semplice inscrizione. Concludiamo dunque che il pagamento del debito principale estingue anche l'ipoteca accessoria, comunque non ancora cancellata, ed anche in rapporto ai terzi che avessero creduto in buona fede che l'ipoteca vigesse tuttavia, e per tale credenza avessero ottenuto qualche diritto sulla medesima.

Facciamo però una importante limitazione in proposito, che desumiamo dalle leggi riassunte nel nostro § LIV, che cioè il debitore originario non può pagare il debito al primo creditore, o convenire con esso in altro modo, senza il consenso dei terzi che hanno ottenuto e gli hanno notificato il subingresso o il suppegno, e nel caso di dissenso deve depositare presso il giudice la somma equivalente: senza di che il fondo ipotecato rimane tuttavia obbligato in favore dei medesimi.

4. Perchè il pagamento del credito produca l' estinzione dell'ipoteca, si richiede in primo luogo che sia totale, che non lasci cioè sussistere alcun residuo nè del credito capitale, nè degli accessorii; e in secondo luogo che sia fatto alla persona che ha diritto, ovvero in altri modi indicati dalla legge (1).

Se il pagamento perchè parziale lasciasse sussistere una benchè minima parte del credito, rimarrebbe l'ipoteca sopra tutti i fondi affettati in origine, per quel principio dell' individualità inerente al concetto negativo dell'ipoteca che osservammo nel § XLVI. *Qui pignori*, insegnava Ulpiano, *plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur* (2): Quindi Papiniano sentenziò rimanere ipotecato il fondo ereditario, quantunque il coerede avesse pagato la sua quota di debito (3). Però, se più cose furono obbligate per crediti distinti in modo che appaia essersi costituite diverse ipoteche, il pagamento dell'uno dei crediti importerebbe l' estinzione dell'ipoteca relativa (4).

Il pagamento in secondo luogo dev' essere fatto in modo legittimo. Vediamo da chi, a chi, in qual modo e quando possa essere fatto.

Il debitore può pagare il suo debito liquido e scaduto quand' anche fosse incapace d'amministrare le cose proprie, come dispone il § 1422 del Codice civile. Egli può pagare anche mediante procuratore. Anzi, se un terzo senza mandato avesse pagato a nome del debitore (nel qual caso non otterrebbe la surroga), il credito e l'ipoteca accessoria rimar-

(1) Carozzi, *Giurispr. del Cod. civ. austr.* vol. 10, *pegno*, cap. 4, num. 1.

(2) Leg. 19. Dig. *de pignor. et hyp.*

(3) Leg. 63. Dig. *de evictionib.*

(4) Scevola in leg. ult. Dig. *quib. mod. pign. solv.*

rebbero estinti; poichè la legge nostra in parlando dei pagamenti nei §§ 1412-1428 del Codice civile, cautamente non si riferisce al solo debitore, ma lascia suporre che possa essere fatto dal terzo, cogli identici effetti come se fosse fatto dal debitore medesimo (1).

Il pagamento dev'essere fatto al creditore o al suo procuratore abilitato a riceverlo, o a chi dal giudice è stato dichiarato proprietario del credito. Se alcuno paga a persona incapace di amministrare le cose proprie, è tenuto a pagare di nuovo, in quanto ciò che fu pagato non esista realmente, e non sia stato convertito in vantaggio di chi l' ha ricevuto (§ 1424 del Codice civile austriaco). Ma diversi possono essere i crediti tra due stesse persone, e può talvolta nascere dubbio se una somma data in pagamento fosse destinata per l'estinzione piuttosto dell'uno che dell'altro. Il § 1416 dello stesso Codice civile ci esibisce questo criterio di preferenza con dire: insorgendo dubbii sulla volontà del debitore, e venendo contraddetta dal creditore, il pagamento va prima in isconto degli interessi, quindi del capitale, e fra più capitali, di quello che fu già addomandato, e del quale è venuto almeno il giorno del pagamento, e poi di quello che è il più gravoso al debitore. Quindi inferisce Basevi colla legge 117, Dig. *de solutionibus et liberationibus* che il debito ipotecario si dovesse reputare più gravoso che non il debito personale (2); e Mercuriale Merlino avea aggiunto che tra più debiti ipotecarii s'intendesse più gravoso quello che avesse avuto seco delle fidejussioni (3).

Il debito non può essere pagato prima della scadenza, o in luogo od in ispecie diverse dalle convenute, o in acconti parziali, se il creditore non vi acconsente: come importano i §§ 1413-1415 del Codice civile.

« Se per essere il creditore ignoto, leggiamo nel seguente § 1425, assente o non contento di ciò che gli viene offerto, e se per altri gravi motivi il debito non possa essere pagato, è lecito al debitore di depositare in giudizio la cosa che deve essere pagata; ovvero, se la cosa non si qualifica pel deposito, di domandare al giudice gli opportuni provvedimenti per la custodia di essa. Ciascuno di questi atti, se siasi legalmente eseguito e notificato al creditore, libera il debitore dalla sua obbligazione, e pone la cosa in questo modo prestata a pericolo del creditore. » (4)

Questo mezzo di pagamento non era sconosciuto agli antichi; poichè Diocleziano e Massimiano rescrissero: *creditor ad petitionem debiti ur-*

(1) Arg. dalle leg. 1, 2 e 12 § 1. Dig. *quibus mod. pign. solv.* e dalla leg. 19 Dig. *qui potior. in pign.*

(2) Basevi, *annotaz.* al § 1416 n. 1 Codice civile austriaco.

(3) M. Merlin, *de pignor.* lib. 4, til, 5, quæ. 194, num. 1-3.

(4) Circa il modo con cui praticare il deposito giudiziale veggasi il § 161 e seguenti delle Istruzioni per le preture consegnate nell'aulico Decreto 4 marzo 1823 e pubblicate in Lombardia il successivo 2 aprile.

geri minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Erodiani debere confiditis, oblato, et, si non velint accipere, consignato atque deposito, de reddendo pignore hos præsidiali notione convenite (1).

Può talvolta il debito ipotecato essere eliminato anche senz'alcuna prestazione d'un valore relativo: come allorquando svanisse per cause estrinseche; ad esempio la garanzia per l'evizione, le indennità prestate al fidejussore, od altre simili che svaniscono quando è cessato nel possessore o nel fidejussore alcuna causa di futura molestia. Le iscrizioni prese per la propria indennità, mancando d'oggetto, si dovranno cancellare (2).

Può essere talvolta dubbio se un debito fosse stato o no pagato: ma se fosse stato giudicato per l'assoluzione del debitore, siccome la cosa giudicata *pro veritate habetur*, rimarrebbe estinto il debito, e con esso l'ipoteca accessoria; *nam et si a judice per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur* (3).

E da ultimo il credito può essere rinunciato dal creditore medesimo e di conseguenza cadrebbe l'ipoteca. Un antico giureconsulto promosse questo dubbio: *nisi si quis dicat pactum (ne pecuniam petat) interpositum esse ut a persona non petatur*: che cioè la rinuncia si dovesse limitare al debitore personale, e non estendersi anco al pegno e al terzo possessore del medesimo. Ma rispose lo stesso preopinante: *sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur* (4).

Della remissione del pegno vedremo in avanti (§ LXXXII).

5. Nel concetto di pagamento, che il § 1412 del Codice civile dice essere la prestazione di quanto è dovuto, non viene soltanto la prestazione di una somma di danaro, perciocchè il valore può essere rappresentato da qualsivoglia altra cosa. Perciò in ogni tempo si paragonò al pagamento effettivo la dazione in soluto. Ma di questa specie di pagamento parleremo nel § LXXIX, ossia nel luogo della compensazione e della consolidazione.

(1) Leg. 20 Cod. *de pignor. et hyp.* Vegansi anche le leg. 6 § 1, Dig. *quib. mod. pign. solvit.* leg. 3, Cod, *de luitione pignor.* leg. 2. Cod. *de pactis pignor.* leg. 2, Cod. *debitor. vend. pignor.* leg. 5, Cod. *de distract. pignor* leg. ult. Cod. *de pignor. action.* leg 1. Cod. *qui potior. in pign.* leg. 6 e 19, Cod. *de usuris.* leg. 9. Cod. *de solution.*

(2) Giudicato in Sirey, *Jurisprud.* tom. 12, par. 2, pag. 409 col decreto 9 maggio 1812 della Corte di Limoges, che si dovessero levare le inscrizioni prese per garanzia d'una evizione, la cui probabilità non fosse dimostrata.

(3) Leg. 13, Dig. *quib. mod. pign. solv.*

(4) Marciano, in leg. 5. Dig. *quibus modis pign. solv.*

§ LXXVIII.

Colla novazione si estingue l'ipoteca congiunta alla precedente obbligazione principale, a meno che le parti non abbiano altrimenti stabilito con ispeciale convenzione.

Arg. dal § 1378 *del Codice civile generale austriaco.*

SOMMARIO

1. Effetti e caratteri distintivi della vera novazione.
2. Se l'ipoteca per cauzione d'un affitto in pro del locatore si possa estendere all'affitto prorogato. Conclusione negativa.
3. Se la delegazione importi novazione.
4. La transazione non importa novazione.

1. Della novazione abbiamo già parlato nel luogo del subingresso nel grado ipotecario (§ LI num. 3, 4 e 8), come di una delle sue specie quando fosse accompagnata dalla riserva per la conservazione delle ipoteche inerenti all'obbligazione innovata. Ma questo effetto della novazione è piuttosto accidentale che essenziale, anzi per sè sola produce l'estinzione dell'obbligazione precedente ed innovata, e coll'estinzione di questa si perimono eziandio le ipoteche accessorie. *Novatione legitime facta liberantur hypothecæ et pignus* (1). *Novata autem debiti obligatio, pignus peremit, nisi convenit ut pignus repetatur* (2). Queste ed altre leggi romane (3) sono perfettamente identiche alle leggi moderne, e specialmente alla legge del § 1378 del vigente Codice civile austriaco, e a quella contenuta negli art. 1278 e 2180 del Codice civile francese, e nei Codici della restante Italia (4).

Constatato l'effetto della novazione, vediamo di esibirne i caratteri essenziali per distinguerla indubbiamente in pratica.

Non tutte le novità che si facessero intorno alla precedente obbligazione importerebbero gli effetti disastrosi della novazione vera. In questo riguardo il nostro Codice civile l'ha non veramente definita, ma con somma precisione circoscritta ne' suoi giusti limiti, dicendo che ella av-

(1) Leg. 18. Dig. *de novation.*

(2) Leg. 11, § 1. Dig. *de pignor. action.*

(3) Leg. 1, § 2 Dig. *quibus mod. pign. solv.* leg. 29 o 30 Dig. *de novation.* leg. unic. Cod. *etiam ob chirograph. pec.* Neguzant, *de pignor.* par. 6 mem. 3, n. 1, Mantica, *de tac. et amb. conv.* lib. 11, tit. 31. n. 21. Zoesio, *in pand. quib. mod. pign. solv.* num. 2. Carozzi, *giurispr.* vol. 10. *pegno* cap. 4, n. 3.

(4) Vedine gli articoli rispettivi citati in nota delle pag. 226 e 548 di questo volume.

venga allorchè si cangia il titolo legale o l'oggetto principale del credito, e per conseguenza subentra alla precedente una nuova obbligazione (1376). In dubbio la precedente obbligazione non si reputa tolta, finchè può ancora bene sussistere colla nuova (§ 1379).

Con quest'ultima proposizione si accenna ai due più salienti caratteri della novazione: cioè l'animo espresso dell'innovare, il quale quando fosse dubbio a conoscersi, lo si arguisce dalla risultante incompatibilità della nuova colla precedente obbligazione. Le parti s'intendono acconsentire espressamente alla novazione, cioè a trasformare la precedente obbligazione in una nuova, quando s'esprimono in modo da volere espressamente l'estinzione della precedente (1), o, come disse Giustiniano: *nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint* (2).

In caso diverso la novazione potrebbe ancora avvenire, non in virtù immediata della legge, ma per induzione dalla volontà dei contraenti. *Et generaliter definimus*, prosegue lo stesso legislatore, *voluntate solum esse, non lege innovandum* (3). Ma l'interpretazione della volontà condurrebbe a negare la novazione in quanto che o l'uno o l'altro contraente avrebbe certo un interesse contrario ad ammetterla. Onde fu imaginato per tempissimo quel secondo carattere distintivo, che cioè ci sia novazione dove ed in quanto la nuova obbligazione risultasse incompatibile colla precedente. Così insegnava Baldo (4), e più largamente Menocchio (5), indi Mercuriale Merlino (6), Ciriaco (7), Mascardo (8), e il Cardinal De Luca con queste parole: *licet enim, attento jure novo* text. in Cod. de novationibus, *regula sit ut novatio hodie non inducatur, nisi expresse ita dicatur, unde propterea per hunc textum sublata fuit illa tacita, sive implicita innovatio, quæ ex jure Digestorum ac etiam Codicis, ante istius legis editionem, de facili resultabat: attamen ubi accedat ratio implicantiæ ac* OMNIMODÆ INCOMPATIBILITATIS, *etiam hodie, dicti novi juris dispositione non obstante, novatio inducitur* (9). Quindi potè da ultimo Paolo Politi riassumere questo secondo carattere nella definizione stessa: *novatio dicitur prioris debiti seu obligationis in aliam novam obligationem civilem vel naturalem cum prima incompatibilem transfusio* (10). E di vero quando la posteriore convenzione non può con-

(1) L'art. 1273 del Cod. Napoleone dice: la novazione non si presume; conviene che risulti chiaramente dall'atto la volontà di effettuarla.

(2) Leg. fin. Cod. *de novation.*

(3) Sudd. legge.

(4) Baldo in d. leg. ult. num. 1. Cod. *de novation.*

(5) Menoch. *de præsumpt.* lib 3. præs. 134 per tot. e specialmente nel num. 39, ove cita molti altri autori.

(6) M. Merlin. *de pignor.* lib. 3. tit. 1. quæ. 30. num. 4, 30 e 31.

(7) Cyriac. *controv.* tom. 4 *controv.* 124. num. 4.

(8) Mascard. *de probation.* tom. 2, concl. 1107, num. 23.

(9) Card. De Luca, *de credito, discurs.* 47, num. 2.

(10) Politi, *dissertat. select.* vol. 4, *de verbor. obligat. prælud.* quest. 2, num. 6.

ciliarsi colla precedente, conviene scegliere l'una delle due; e siccome ambedue non ponno coesistere, l'ultima espressione della volontà dei contraenti si sostituisce all'espressione anteriore, la quale per ciò solo si estingue.

Posto questo criterio, ne deduciamo col § 1379 del Codice civile austriaco le conseguenze: che « le più precise determinazioni sul luogo, tempo e modo di eseguire l'obbligazione già esistente, e le altre accessorie, colle quali non si fa alcuna mutazione riguardo all'oggetto principale o al titolo legale, non sono da riguardarsi per contratto di novazione, come non lo è il solo rilasciare un nuovo chirografo od altro documento che vi si riferisce. » Anche queste disposizioni pratiche della nostra legge sono esattissime, come si può vedere in riscontrando ciascuna cogli insegnamenti dell'universal giurisprudenza. E difatti fu sempre ritenuto che la semplice proroga del termine o il cambiamento del modo del pagamento (1), l'aggiunta di altre garanzie con pegni, ipoteche o fidejussori (2), l'emettere un nuovo documento (3), o il rilasciare delle cambiali o delle cartelle (4), o l'ottenere una ricognizione o sentenza giudiziale in conferma dell'antica obbligazione (5) non importi una vera novazione e gli effetti risolventi della medesima: *neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem* (6); *non solet deterior conditio fieri eorum qui litem contestati sunt* (7): così conclude Paolo nella soggetta materia (8): ed è commendevole la ragione esibita da Neguzanzio: *quia novatio necessaria,* che così si chiama in questo caso, *non est privativa seu extinctiva primæ obligationis, sed est accumulativa aliorum effectuum cum primis* (9).

Così fu pure accertato che la novazione non avesse virtù di risolvere la precedente obbligazione, se la convenzione innovante fosse inefficace: chè allora mancherebbe la base d'ogni dubbio (10); e la vera novazione non avrebbe effetto se non in quanto il nuovo debito si sostituisse all'antico, il quale rimarrebbe incolume nella restante parte (11).

(1) Neguzant. *de pignor.* par 6. mem. 3. n. 6. M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, tit. 1 quæ. 30. num. 5, et quæ. 31. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11. tit. 31. num. 2. Cyriaco, *controv.* 249, num. 2. Parrebbe contrario, ma è di mera cautela amministrativa il disposto della Circol. del Gov. veneto 5 marzo 1815.

(2) Neguzant, *de pign.* par. 6, m. 3, n. 1. M. Merlin, *de pignor.* lib. 5, tit. 1, quæ 30, num. 7-9, Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11, tit. 31, n. 25.

(3) M. Merlin, *de pignor.* lib. 5, tit, 1 quæ. 30, n. 6.

(4) Le quali s'intenderebbero date non come vero pagamento, ma piuttosto *pro cautela et cautione,* come disse M. Merlin, *de pign.* lib. 5, tit. 1, quæ. 30. num. 32-33, o sotto condizione del loro pagamento, come avverti Troplong, *des priv. et hyp.* num. 199 bis. Ma fu giudicato in contrario nel caso riferito dalla gazzetta de' trib. di Milano, an. 2, 1852, n. 23.

(5) M. Merlin, *de pign.* lib. 5, tit. 1. quæ. 30. num. 15. Balduin, *de pign.* cap. 20. Zoesio, *in pand.* tit. *quib. mod. pign. solv.* num. 2.

(6) Leg. 29, Dig. *de novationib.*

(7) Leg, 86, Dig. *de reg. juris.*

(8) Vedansi anche le leggi 87, Dig. *de reg. jur.* leg. 13. § 4. Dig. *de pignor.*

(9) Neguzant, *de pign.* par. 6, mem. 3, n. 2.

(10) Neguzant. *de pign.* ibid. num. 3. Balduin, *de pignor.* cap. 20. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11, tit. 31, n. 21.

(11) Balduin, *de pign.* cap. 20.

Rimangono però alcuni dubbii che fanno dilicato assai quest'argomento.

2. Un locatore ottenne dal conduttore una cauzione ipotecaria per il contratto d'affitto duraturo, supponiamo, per un novennio: indi fu espressamente o tacitamente prorogato il contratto. Si domanda se quell'ipoteca varrà anche per gli effetti della proroga: ovvero se si richiede una espressa conferma ed estensione della medesima perchè valga colla priorità originaria; se anche questa espressa conferma possa produrre questo effetto.

L'avvocato Pagani afferma che l'ipoteca della conduzione si estende senz'altro alla riconduzione, perchè questa secondo lui non implicherebbe una vera novazione, come non l'implica la semplice proroga del termine (1). Questa conclusione sembra conforme alla dottrina antica, tal quale ci fu tramandata da Ulpiano. *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: hujus enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si Reipublicæ prædia locata fuerint* (2). E Valeriano e Gallieno analogamente rescrissero: *tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur* (3).

La medesima prescrizione fu eziandio e forse più esplicitamente stabilita nell'art. 4 del Decr. italico 24 novembre 1810, nel quale è disposto che « la cauzione prestata per un dato genere di amministrazione, come per le ipoteche, il registro, la percezione delle imposte dirette e indirette, sarà e s'intenderà di diritto operativa anche nel caso che l'individuo, per cui fu prestata, sia traslocato *ad altro impiego della stessa natura*, salvi i patti speciali che fossero intervenuti in concorso dell'amministrazione. » Condurrebbe poi alla stessa conclusione il § 1115 del Codice civile allegato dal preopinante, ove si dice che la rinnovazione tacita della locazione e conduzione s'intende fatta sotto le stesse condizioni, sotto le quali fu convenuta la prima.

Ma a queste ragioni si può opporre delle ragioni contrarie, difficili a vincere. Avvegnachè ci sembra che la riconduzione non contenga una vera novazione, e non possa tuttavia conservare l'ipoteca precedente; perchè il titolo di questa, la precedente locazione, per la quale fu presa l'ipoteca, è omai estinta anche senza novazione alcuna, per la sola scadenza del novennio, e quindi l'ipoteca accessoria come limitata ad essa, non può estendersi alla riconduzione, la quale è un nuovo contratto, similissimo se si vuole al precedente, ma non identico. E da questo punto di vista si spiegano facilmente e si ribattono gli argomenti superiormente allegati.

(1) Pagani, *Rendite giuridiche*. par. 2, cap. 1, num. 15.

(2) Leg. 13, § 11, Dig. *locati conducti*.

(3) Leg. 16, Cod. *de locato et conducto*.

Per rispetto alle due leggi romane si deve avvertire che esse parlano dei pegni mobili non già delle ipoteche: *sed etiam pignora videntur durare obligata*, dicesi nella prima; *una cum vinculo pignoris renovare videtur*, dicesi nell'altra. Non vale l'opporre che per gli antichi non ci fosse che una differenza nominale tra il pegno e l'ipoteca; perchè rispondiamo cogli stessi antichi, *pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit* (1). Accennando a questa differenza non vogliamo però cavillare sopra una distinzione meramente formale; perciocchè stimiamo di trovarvi una ragione differenziale del decidere; la qual ragione anzi ci è lautamente imbandita in un rescritto di Gordiano imperatore (2). *Pignus intercidit*, vi si disse, *si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem*. Questa è la teorica propria della vera novazione, che si applica tanto in materia del pegno di cosa mobile, che in riguardo all'ipoteca. Ma nel caso nostro dicemmo che non ci ha una vera novazione, e che non può conservarsi l'ipoteca del precedente contratto di locazione in benefizio del nuovo, comunque potessero stare i pegni di cose mobili. E la differenza che assegniamo ci è pur somministrata dalla medesima legge che esaminiamo, in ciò che soggiunge: *at si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendit debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes, andiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt*. Questa disposizione è perfettamente analoga a quella della riconduzione; si concede cioè che i pegni costituiti per l'un debito personale valgano anche per un altro debito che fosse chirografario; e si concede questo con due condizioni: l'una nei soli rapporti tra il creditore e il debitore, l'altra nel caso di pegno vero, cioè quando il creditore possiede la cosa impegnata. Ma non si concede in confronto ai terzi che avessero sulla cosa medesima alcun diritto reale. Diffatti Gordiano soggiunge e conchiude: *quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre*. Proibendo con queste parole che si estendesse il pegno anche in beneficio del credito chirografario quando ci fosse un altro creditore avente egli pure sulla medesima cosa un diritto di pegno sebbene posteriore, evidentemente alludette il romano imperatore

(1) Instit. *de action*, § 7, e nel nostro § II n. 1 e 2.

(2) Ossia nella legge unica del Cod. *etiam ob chirogr pecuniam pignus tener posse*

al caso che l'uno e l'altro creditore avessero un'ipoteca, anzichè un vero pegno; perchè se si trattasse d'un vero pegno non sarebbe possibile che appartenesse a più creditori, ma soltanto a colui che lo possedesse o detenesse effettivamente. Questa è, ed è pur evidente, la ragione differenziale che vogliamo avvertita. Finchè un creditore detiene una cosa a titolo di pegno, finchè si tratta d'un vero pegno di cosa mobile, non ci può essere sulla medesima alcun pretendente, perchè nessun terzo può acquistarne o il pegno o la proprietà senza la tradizione, e questa è impossibile finchè la cosa è detenuta dal creditore. Stando la cosa così, il creditore secondo le leggi antiche poteva continuare a detenerla e rifiutarla al debitore, vero ed unico proprietario, finchè questi fosse stato debitore di qualche cosa (1): potea trattenerla il locatore anche nel caso della riconduzione, come per qualsivoglia altro credito posteriore, come si disse colle due leggi superiormente allegate.

Ma la cosa dev'essere diversa totalmente quando in luogo d'un pegno mobile si tratti d'un'ipoteca; la quale certo non impedisce che lo stesso fondo ne sopporti delle altre anteriori e posteriori, e che il proprietario trasferisca in altri la proprietà del medesimo; quindi non impedisce che il terzo possessore e gli altri creditori ipotecarii si oppongano e non vogliano riconoscere che la sua ipoteca si tramuti arbitrariamente da un credito all'altro. Contro di essi non si può opporre praticamente alcuna replica, nè di dolo, nè d'altro, come nel rapporto col debitore. La teorica ipotecaria rifulge in loro riguardo in tutta la sua purezza. L'ipoteca dell'anteriore contratto, inscritta colla menzione di quel titolo speciale, non può valere per un altro titolo, per debiti posteriori a quella causa che pure appare nella precedente inscrizione. Non inutilmente le leggi prescrissero necessaria alla validità dell'inscrizione la menzione della data e natura del titolo, come vedemmo sotto il § XXIV, num. 7, e il § XLVIII num. 4 e 5; e nessuna ipoteca può sussistere se non per un debito o per una causa di debito anteriore ad essa, non già posteriore, come viddimo nella trattazione dei §§ V e VI. Nè in questo caso si potrebbe ravvisare una vera novazione, nè gli estremi per un subingresso del credito novello nel grado dell'ipoteca accessoria al credito precedente, come vedemmo nel luogo del § LII; perciocchè nella novazione si può conservare il grado dell'ipoteca inerente al debito innovato solamente quando una vera novazione ci ha: cioè quando un credito anteriore è tramutato in un nuovo di un diverso titolo: quando il precedente è causa generante del posteriore, non già quando si ha una semplice successione di varii crediti, senza alcuna relazione reciproca di causalità e d'effetto (§ LII. num 8). Tant'è che si dicesse che l'ipoteca assicurante un mutuo, dopo che questo fosse rimborsato, po-

(1) Pel § 471 del Cod. austr. non potrebbe il creditore esercitare questa ritenzione come dissime, sotto il § LXV, n. 6, pag. 444 di queste volume.

tesse valere per una novella sovvenzione col grado originario. Questo sarebbe un caso identico con quello della locazione prorogata, in quanto si vorrebbe che l'ipoteca inscritta per gli effetti nascenti nel primo periodo convenuto in quel contratto, si volesse che guarentisse gli effetti nasciturí nel periodo susseguente. Il conduttore nel primo periodo e pel contratto originario può risultare debitore di nulla: e si vorrà che l'ipoteca medesima funzioni per gli effetti contingibili dappoi, in un periodo di tempo, in circostanze giuridiche che non appaiono dall'iscrizione? Noi non possiamo capacitarci menomamente di ciò, per quanta deferenza volessimo usare ai sostenitori dell'opinione contraria.

Allegammo come testimonio avverso il Decreto italico 24 novembre 1810; ma per le premesse ragioni non ci smuove punto da questa conclusione negativa. Avvegnachè il caso ivi proposto è diverso per più d'un riguardo. L'inscrizione cauzionale d'un conservatore, d'un offiziale del registro (magistratura soppressa), d'un ricevitore delle imposte dirette od indirette può bene sussistere, comunque l'impiegato sia traslocato ad altro impiego *della stessa natura* (come dice quella legge); perchè la cauzione del medesimo non s'intende limitata ad un dato tempo, od a determinate ingerenze, ma piuttosto alla generica sua responsabilità, finchè rimane nel tale impiego, in qualunque grado più o meno elevato. Egli può paragonarsi a qualunque altro amministratore che avesse dato cauzione della suscetta gestione, la cui ipoteca non riflette le più o meno larghe attribuzioni deferitegli, ma si basa sul fatto della gestione, e si determina obbiettivamente in quella parte di debito che risulterà a suo carico. E s'aggiunga quest'altra avvertenza: che la legge suddetta, appunto come legge, e quindi conoscibile da chiunque, poteva di per sè medesima connettere anche un'esagerata importanza ad una data inscrizione ipotecaria, dicendola produttrice dei tali e tali effetti. Il fatto solo dell'essere legge bastava ad avvertire il pubblico che l'inscrizione presa a carico del pubblico impiegato dovesse sopperire per qualunque suo debito verso l'erario. Ma nel caso nostro non abbiamo alcuna legge speciale che deroghi al Diritto comune, che esige la precisa indicazione della data e natura del titolo per cui si prende l'inscrizione.

Nè con maggiore fatica risponderemo all'ultima obbiezione tratta dal § 1115 del Codice civile austriaco; percioechè, pur ritenendo che la rinnovazione tacita della locazione s'intende fatta sotto le stesse condizioni, sotto le quali fu convenuta la prima, non si può inferire che rimanga efficace per quella l'ipoteca convenuta per questa. Il contratto di locazione per sè medesimo non basta ad attribuire l'ipoteca. Egli non può funzionare altrimenti che come titolo; ma perchè il titolo ipotecario produca l'ipoteca, ha mestieri dell'inscrizione, e questa non è efficace che dalla propria data. Il nuovo contratto o la tacita rinnovazione del contratto scaduto può contenere un titolo ipotecario, e nulla più. Ma il locatore, se ha diritto di prendere una nuova ipoteca, non ha però diritto

di mantenere un'ipoteca d'un debito eventuale che non si è verificato, per cautarsi d'un posteriore debito eventuale. Vuol egli colla rinnovazione fidarsi nel conduttore? Nessuno gli si oppone. Vuol egli guarentirsi con una ipoteca? Lo faccia: ma non in pregiudizio dei terzi possessori e dei creditori anteriori.

3. La delegazione importa ella novazione? S'ella è accettata dal creditore, al quale si fa, arreca certamente una novazione, perchè con quell'accettazione rimane liberato il delegante dal suo debito: quindi si risolve l'ipoteca accessoria.

Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit; così fu definita da Ulpiano la delegazione (1). Or bene il dare una cosa invece d'un'altra non significa darle ambedue: il sostituire l'un debitore all'altro, non significa aggiungere l'uno all'altro, e d'uno farne due (2). Laonde Gajo scrisse che la delegazione accettata implichi novazione (3); e Gordiano rescrisse ad un delegante: *quod si delegatione facta jure novationis tu liberatus es, frustra vereris ne, eo quod quasi a cliente suo* (il tuo creditore) *non faciat exactionem, ad te periculum redundet: cum per verborum obligationem, voluntate novationis interposita, a debito liberatus sis* (4).

Ma perchè la delegazione indica novazione deve essere accompagnata da questi requisiti: che il debitore delegato accetti l'incarico di pagare al creditore del suo creditore, e che questi alla sua volta accetti la delegazione e riconosca per suo debitore il delegato (5). La semplice indicazione d'una persona che deve effettuare il pagamento non implica una vera delegazione produttrice di novazione (6); perciocchè al creditore deve essere libero di mantenersi nel suo diritto verso l'originario debitore, e non può se non per una sua espressa o tacita adesione essere privato dell'anteriore debito, e quello che più importa, della cauzione ipotecaria inerente al medesimo (7).

Nell'art. 1275 del Codice Napoleone è pure stabilito che la delegazione, per cui un debitore assegna al creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore, non produce novazione, se il creditore espressamente non ha dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatto la delegazione. E nel seguente art. 1277 si aggiunge che la semplice indicazione fatta dal debitore d'una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione (8).

(1) Leg 11. Dig. *de novation. et delegat.*

(2) M. Merlin. *de pignor.* lib. 5, tit. 1, quæ. 12, n. 4. Fabro in Cod. lib. 8, tit. 8. def. 19.

(3) Gajo, *Institut.* lib. 2. § 38, Ediz. di Verona, 1857.

(4) Leg. 3, Cod. *de novation.*

(5) Surdo, dec. 25, n. 6, M. Merlin, *de pign.* lib. 5, tit. 1, quæ. 12. n. 19, Scaccia, *de commerc.* § 2 gl. 5, n. 281. Romussi, *de solution.* quæ. 36, n. 36.

(6) M. Merlin, *de pignor.* lib. 5, tit. 1, quæ. 30, n. 32.

(7) Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 8. def. 24.

(8) A questi articoli corrispondono gli art. 1229, 1231 del Cod civ. siciliano, art. 1258, 1259 Cod. civ. parmense, art. 1367, 1369. Cod. albertino, art. 1335, 1337. Cod. civile estense.

Sotto diverso nome la cosa riesce identica nel Diritto austriaco (1). Perchè il nostro Codice civile ne tratta sotto la categoria dell' assegnamento, ossia della mutazione del debito e credito mediante l'intervento d'un nuovo debitore, che avviene, secondo il § 1400, *se il debitore sostituisce un terzo come pagatore in sua vece, e gli assegna il creditore.* Se il creditore (così nel seguente §), a cui si fa l' assegnamento, accetta il terzo sostituito pel pagamento in luogo del debitore assegnante, e *l'assegnato vi acconsente*, l'assegnamento è pieno, e di regola l' assegnatario (ossia il creditore a cui si fa l'assegnamento) non può più promuovere la sua azione contro l'assegnante. Se l'assegnatario non vuole accettare l'assegnamento fattogli, o se non viene accettato dall'assegnato, o non può a questo per la sua assenza essere presentato, deve l' assegnatario (sono precise parole del § 1406) darne senza ritardo notizia all'assegnante; altrimenti è verso di lui risponsabile delle conseguenze di danno. Da queste disposizioni risulta che col consenso del debitore delegato e del creditore assegnatario si fa perfetta la delegazione ossia, l'assegnamento. Ma se vi mancasse la volontà del debitore delegato, la legge del § 1407 richiederebbe che il creditore assegnatario esprimesse il suo consenso in modo abbastanza esplicito per liberare il debitore originario: come nel caso che avesse espressamente dichiarato di accettare l' assegnato come suo unico debitore, o avesse ciò fatto tacitamente con aver rilasciato al primo suo debitore la quitanza, o restituito ad esso il documento di debito. In questi casi dice quella legge, che cessa nell' assegnante ogni risponsabilità verso l'assegnatario. Se non concorre questa dichiarazione espressa, o alcuno di questi fatti, anche nel caso che l'assegnamento fosse stato accettato dall'assegnatario e dall'assegnato, e quest'ultimo non pagasse nel tempo dovuto, il debitore assegnante pel § 1406 è risponsabile verso il suo creditore colle stesse limitazioni, sotto le quali è obbligato il cedente verso il cessionario, tanto per la verità del credito, quanto per l'esigibilità sua (2).

Sapientissima è questa distinzione. Se il creditore assegnatario oltre l'accettare la delegazione libera espressamente l' assegnante dal suo debito, s'intende averlo liberato del tutto, come se avesse ricevuto una piena soddisfazione del suo credito, piuttosto che avere ottenuta una semplice cessione. Allora accadrebbe una vera novazione, appunto perchè il creditore volle estinto il debito originario. Dopo di ciò non possono sussistere le ipoteche accessorie. Potrebbe egli conservarle con un patto espresso, come in qualunque caso di novazione? Senza dubbio; perchè al suo consenso può porre quelle condizioni migliori che crede

(1) Foramiti, *encicloped. legale*, V. *ipoteca*, vers. *novazione*, vol. 3, pag. 178, ove accomuna la teorica della novazione alla delegazione.

(2) Vedi il nostro § LI num. 12. Questa medesima conclusione era accettata presso gli antichi, salvo l' esigibilità, cui non era tenuto il delegante: Surdo, dec. 23, n. 4, Scaccia, ibid, n. 282-283. Romussi, ibid. n. 39-41.

di suo interesse: ed allora l'accettazione dell' assegno implicherebbe la novazione soltanto se l'assegno medesimo fosse efficace. Ma con dir ciò veniamo al secondo termine della distinzione proposta dalla legge: se cioè l' assegnatario avesse acconsentito semplicemente alla delegazione senza liberare esplicitamente il debitore suo. In questo caso la legge vuol vedere un caso ordinario di cessione, e mantiene obbligato il cedente, ossia l'assegnante, alla verità ed esigibilità del credito assegnato. Ma continuerà egli a sussistere il debito antico coll' ipoteca accessoria? Pare di no; perchè anche qui ci sarebbe una vera novazione, che implica la perenzione del debito precedente. Solo rimarrebbe il delegante responsale come cedente, non del proprio debito, ma della verità ed esigibilità del debito altrui, e del pagamento da farsi dal delegato. Quindi s'estinguerebbe l'ipoteca ch'egli avesse costituita, a meno che il creditore ne avesse fatta una riserva espressa.

Avvertano pertanto i creditori che intervengono alla delegazione, che si costuma di fare nelle vendite de'fondi ipotecati, o di astenersi da ogni ricognizione, o di riservarsi espressamente le loro ragioni ipotecarie sullo stabile venduto.

4. Rimane a vedere se la transazione implichi novazione e quindi la perenzione dell' ipoteca accessoria al diritto transatto. Il § 1380 del Codice civile austriaco sembrerebbe affermarlo, perchè dice letteralmente: *il contratto di novazione*, mediante il quale diritti controversi o dubbii vengono determinati in guisa che ciascuna delle parti si obblighi verso l'altra a dare, a fare o a tralasciare qualche cosa, *dicesi transazione*. Eppure nel seguente § 1390 si toglie a questa specie di novazione l'effetto pratico che più ci interessa di conoscere, perchè dice che i fidejussori ed i pegni costituiti per la sicurezza di tutto il diritto ancora controverso rimangono obbligati anche per la parte determinata nella transazione; e solo competono al fidejussore e al terzo che ha costituito il pegno, se non hanno acconsentito alla transazione, contro il creditore tutte le eccezioni che avrebbero potuto essere opposte alla pretensione, se non si fosse transatto.

Osserva giustamente Basevi che razionalmente la transazione non induce novazione, quando si rinuncia soltanto ad una parte della precedente obbligazione (1). Però non appiana, e neanco avverte a quell'apparente contraddizione dei due §§ che abbiamo citati, nel primo dei quali si dice che la transazione è novazione, e nel secondo le si toglie l'effetto principale, conservando le ipoteche accessorie all' obbligazione innovata colla transazione.

Però non è difficile lo sciogliere questa antitesi: essendo essa più apparente che reale, in questo che la transazione implica piuttosto una

(1) Basevi, *annotaz.* al § 1380, n. 1, Cod civ austr.

novazione nell'apparato esteriore probatario del diritto controverso, che non nella sostanza e nel titolo del medesimo; per la qual cosa il diritto anteriore non è veramente cambiato, ma constatato più certamente: quantunque per ottenere questo rilevante vantaggio avesse dovuto patire una diminuzione di sostanza. Le espressioni di quei §§ non importano un significato diverso; avvegnachè dicano che la transazione si fa per *diritti controversi o dubbii*, i quali vengono con essa *determinati*. Quindi si può dire che la precedente obbligazione non è distrutta, ma accertata e confermata, e solo per occasione di questa più precisa determinazione è ridotta a più breve confine. Ed in quel modo che pel § 1379 dello stesso Codice civile non ci ha novazione alcuna nel rilasciare un nuovo documento del debito; così in questo caso il debito transatto è innovato solo nella sua più precisa determinazione; è diminuito, ma non estinto: quindi si conservano le ipoteche costituite pel debito medesimo prima che fosse divenuto controverso.

§ LXXIX.

Si estingue parimenti l'ipoteca mediante la compensazione e la consolidazione in una sola persona del diritto e dell'obbligo del credito assicurato.

Arg. dai §§ 1438-1446 del Codice civile austriaco.

SOMMARIO

1. Della compensazione. Quali sieno i suoi requisiti.
2. Primo corollario: se ed in qual modo possa il creditore compensare il suo credito particolare verso il cedente, e in confronto di qualunque cessionario. Il § 1443 del Codice civile è inattivato per mancanza del sistema tavolare. Secondo corollario: può il debitore opporre la compensazione all'ultimo cessionario per un credito ch'egli professa verso di lui.
3. Se possa opporsi la compensazione contro l'ultimo cessionario, per un credito del debitore verso un cessionario intermedio. Terzo corollario negativo.
4. La consolidazione estingue l'ipoteca. Per quali cause può avvenire.
5. Esame dei casi nei quali non avviene la consolidazione in tutto o in parte.
6. L'ipoteca può riavere l'effetto suo, quando non fosse stata cancellata dopo la consolidazione, e dopo che la cosa destinata al pagamento fosse stata evitta al creditore per una causa preesistente, necessaria e reale.

7. Risposta a tre obbiezioni fatte contro la superiore conclusione.
8. Questa conclusione è adottata nelle leggi ipotecarie di Piemonte e Toscana.

1. Il debito ipotecario si estingue oltre che col pagamento e colla novazione, anche mediante la compensazione e la consolidazione.

Della compensazione così s'esprime il § 1438 del Codice civile: « concorrendo crediti reciproci, che siano liquidi, dello stesso genere, e tali che la cosa che ad uno compete come creditore, possa dal medesimo come debitore anche prestarsi all'altro, i crediti si tolgono vicendevolmente in quanto si pareggiano fra di loro, e si ha la compensazione che opera da sè sola il reciproco pagamento. » È verità apodittica che due forze contrarie si elidono: così due diritti moventisi incontro da due diverse persone resistono vicendevolmente, anzi si dissolvono al contatto. Ma il concetto di forza si applica al diritto in senso meno astratto, e complesso assai più che non presso i matematici, i quali possono adoperarlo come mera e semplice astrazione. Il diritto per avere attività, forza, coercizione, suppone molte condizioni, sulle quali bisogna tener l'occhio vigilante. Non basta il semplice concorso di due diritti moventi da due persone opposte, ma bisogna che abbiano una conveniente direzione per sortire l'accennata elisione e compensazione. La definizione esibitaci dalla legge è d'un'esattezza scrupolosa, quantunque, e appunto perchè più complessa di quella degli antichi che la dissero: *debiti et crediti inter se invicem contributio* (1). Ma quasi l'esattezza aforistica non bastasse, ella discese alla spiegazione di ciascun concetto che aveva espresso nella definizione, mediante la posizione dei concetti contrarii. Così nel § 1441 alle parole *concorrendo crediti reciproci* aggiunge queste limitazioni: « non può il debitore pretendere di compensare col suo creditore ciò che questi deve pagare al debitore. Non si può nemmeno compensare il credito che alcuno ha verso una cassa pubblica col debito ch'egli avesse verso un'altra pubblica cassa ». I due crediti devono dunque, come dissimo, appartenere rispettivamente alle persone tra le quali si vuole ottenere la compensazione. E così fu giudicato nel caso d'un affittuario che pretendea la compensazione d'un credito suo col debito minore d'una rata d'affitto, che egli teneva verso di uno, i cui beni, compresa la possessione affittata, erano stati assegnati a un terzo, e questi aveva perciò acquistato il credito locatizio prima che fosse scaduto, e quindi prima che il conduttore avesse potuto compensarlo col proprio credito: sentenza 5 marzo 1852 dell'Appello lombardo, confermata in terza istanza con decisione 11 giugno successivo, in riforma della sentenza 21 novembre 1851 del tribunale di Lodi (2).

I due crediti devono esser *liquidi*; e nel § 1439 si esclude il contrario con dirvisi: « un credito liquido coll'illiquido, quello che sia sca-

(1) Modestino in leg. 1 Dig. *de compensation.*

(2) Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia, an. 6, 1853, num. 21 e 22.

duto con altro che nol sia ancora non possono fra di essi compensarsi. » E la ragione è questa, che non basta alla desiderata elisione che il debitore chiamato in giudizio professi un credito; ma questo suo credito deve essere liquido, cioè se non fosse ancora scaduto, o si trovasse sospeso da una condizione non avrebbe azione, e quindi una forza propellente attuale da elidere la contraria; se fosse indeterminato, mancherebbe come la tensione necessaria all'attualità dello scontro: ci sarebbe una forza in potenza, ma non ancora in atto. (1)

Il § 1440 determina nello stesso modo negativo l'altro concetto che ci debba essere una *fungibilità* tra gli oggetti dei due crediti opposti; poichè vi leggiamo: « non possono egualmente tra di essi compensarsi i crediti che hanno per oggetto cose di specie diversa, o cose determinate ed indeterminate. Non sono generalmente oggetto di compensazione le cose arbitrariamente appropriatesi, nè quelle che furono ricevute a commodato (2), o date in deposito. » La ragione di questa disposizione è evidente, perchè se la compensazione del debito col credito è pagamento, siccome anche pel § 1413 del Codice civile non può il creditore essere costretto suo malgrado a ricevere in pagamento una cosa diversa da quella che gli è dovuta, così non potrà il debitore pagare o compensare il suo debito con un credito suo, quando l'oggetto dell'uno e quello dell'altro fossero diversi (3).

2. Il credito che si vuol compensato dal debitore può essere passato in diverse persone: cioè in un primo ed anche in un secondo od ulteriore cessionario o surrogato. Potrà il debitore compensarlo con un credito che avea verso l'originario creditore, o con un altro che avesse avuto verso il primo, o l'intermedio, o l'ulteriore cessionario? Nel § 1442 del Codice civile leggiamo: « Se il credito passa successivamente in più persone, potrà bensì il debitore compensarlo col credito suo proprio che aveva al tempo della cessione verso il primo detentore, come pure verso l'ultimo detentore, ma non già col credito che avesse verso uno dei detentori intermedii ».

Per questa legge si possono dedurre tre corollarii; il primo dei quali è questo: che il debitore può compensare il suo debito con un credito che egli prima della cessione avesse avuto verso il suo creditore originario e cedente; e questa compensazione può valere contro qualunque cessionario o surrogato ulteriore, per la ragione che il primo e i successivi cessionarii non possono avere acquistato dal cedente diritti più forti di quelli che a lui medesimo competessero (4). A

(1) Assai più commodo per taluni è il dire che i crediti condizionali o illiquidi non siano veri diritti, ma semplici aspettative: Degli Sforza, *della compensazione*. § 4. Ma di questa sorta d'opinioni abbiamo già detto d'avanzo sotto il § VI num. 3 e 4.

(2) Lezione suggerita da Basevi *annotaz.* a questo §, invece dalla parola *imprestito*.

(3) Degli Sforza, *compensazione*. § 3.

(4) Bersan, *de compensat.* cap. 3. quæ. 6. num. 7-28 e seguenti, colle numerose sue allegazioni, De Olea, *de cession. jur.* tit. 6. quæ. 11. n. 22 e 33 Richeri, *Jurisprud.* vol. XI, § 300 301.

questa conclusione però sembra avverso il § 1443 del Codice civile austriaco del seguente tenore: « Riguardo ad un credito inscritto nei pubblici libri l'eccezione di compensazione può opporsi al cessionario allora soltanto, che il credito dell'altra parte sia similmente e presso lo stesso credito inscritto nei pubblici libri, o che sia stato notificato al cessionario nell'atto di riceverlo ». Ma è presto veduto come questa legge non abbia alcun valore pratico in queste provincie; perchè evidentemente allude al sistema tavolare, del quale noi difettiamo (1). Avvegnachè solo nel sistema tavolare l'inscrizione del credito, che si vuol compensato, finchè non è cancellata mantiene il credito, sebbene fosse pagato, in faccia ai terzi di buona fede: secondo che vedemmo col § 469 del Codice civile, comentato nei superiori nostri §§ XLVIII e LXXVII. Quindi, se la semplice inscrizione ha questo effetto, il debitore che paga o compensa deve o cancellarla, ovvero ottenere che il pubblico ne sia avvertito con un'annotazione marginale, o ne sia avvertito in particolare il cessionario, *all'atto* che sta per acquistare il credito medesimo (2). Ma nell'imperfetto nostro reggime ipotecario chi acquista un credito inscritto, per la sola inscrizione o la detenzione del documento creditorio non può essere certo d'acquistare un credito sussistente e conservato nella sua interezza; ma per tranquillarsi deve denunciare la cessione al debitore, e attenderne la sua ricognizione (3). Dunque il cessionario non può acquistare diritti maggiori di quelli che spettassero al suo cedente, perchè pel § 442 dello stesso Codice civile nessuno può trasferire in altri un diritto maggior di quello che abbia egli stesso; e il cessionario non potrebbe arrogarsi qualche cosa di più a titolo della sua buona fede, perchè egli acquistando un credito poteva benissimo presumere che fosse a quell'ora estinto per compensazione od in altra guisa. Epperciò vale la massima generale, che abbiamo conservata parlando del subingresso in genere e della notifica in ispecie (§ LIV n. 1). per la quale diciamo che il debitore, prima di ricevere la denuncia della cessione, può a buon diritto, pel § 1395 del Codice civile, pagare il suo debito, od accordarsi in altro modo col suo primo creditore. Può dunque, conchiudiamo in conferma del primo corollario; può dunque il debitore opporre la compensazione del suo credito che professa verso il cedente, in confronto di qualunque successivo cessionario od avente causa dal medesimo.

Il secondo corollario che desumiamo dal succitato § 1442 è questo:

(1) Basevi, *annotazioni* al § 1443, num. 1 e 2, Cod. civ. austriaco.

(2) Basevi vorrebbe alterare il testo originale del § 1443, facendogli dire che il debitore dovesse notificare la compensazione all'atto che il cessionario notificasse la cessione, invece che dice che il credito compensante debba essere *stato notificato al cessionario nell'atto di riceverlo* (il credito ceduto). Ma la traduzione corrisponde esattamente al testo *bey Uebernehmung der letztern* ossia *coll' imprendimento dell' ultimo* (cioè del credito ceduto, ossia come dice la traduzione ufficiale, *nell' atto di riceverlo*).

(3) Basevi, al sudd § 1443, num. 3

che il debitore può compensare il suo debito ceduto col credito particolare che egli avesse verso l'attuale possessore del credito ceduto, ossia verso l'ultimo cessionario: purchè in questo caso tra l'ultimo cessionario e il debitore concorrano gli estremi ordinarii della compensazione; non apparendoci nella specialità dei loro rapporti alcun ostacolo particolare perchè la compensazione non si effettui: *cum ipso jure*, disse Richeri, ***debitum evanuerit eo momento quo cœpit utrinque deberi*** (1).

3. Nell'interpretazione del § 1442 del Codice civile ci si affaccia il seguente postulato, che è materia del terzo fra i corollarii che abbiamo detto potersene dedurre. Potrebbe egli il debitore compensare il debito corrispondente al credito ceduto successivamente a diverse persone, con un suo credito che egli avesse verso un cessionario intermedio? Potrebbe egli respingere il cessionario ultimo allegando essersi operata *ipso jure* la compensazione con quel suo immediato o prossimo autore? Egli potrebbe dire che l'ultimo cessionario non poteva acquistare dal cessionario intermedio o suo immediato cedente un credito che questi non poteva più trasmettere, perchè estinto virtualmente colla compensazione. Ma sorge di contro la disposizione positiva di quel § a rimuovere quella sua pretensione; poichè dice espressamente che egli non potrà compensare il suo debito col credito suo proprio che aveva al tempo della cessione (dell'ultimo cessionario) verso uno dei detentori intermedii. Non piacque tuttavia questa legge ai comentatori, ai quali sembrò che la contraria sentenza fosse razionale (2): che però la legge avesse detto così per motivi pratici, cioè per evitare le complicazioni che nascerebbero nella pluralità delle cessioni (3): e Basevi soggiunge doversi quietamente assecondare questo precetto, perchè in fin di fine tutte le legislazioni contengono delle sanzioni di pratica utilità, le quali non reggono a fronte di una troppo rigorosa e stretta dialettica (4). Ma, lasciando quanto vi potrebbe essere di soverchiamente rigoroso nell'esegesi legale, rimane ancora a cercare se la giurisprudenza che illustra scientificamente gli aforismi legislativi può trovar buona o difettosa quella legge.

Lo stesso comentatore avea pur veduto che la compensazione mediante il credito verso il primo cedente deve aver luogo, perchè in suo confronto si verifica sempre un rapporto di diritto, in ciò che tutti i cessionarii vengono colla di lui rappresentanza: mentre non può valere la compensazione con alcun cessionario intermedio, perchè il debitore non entrò con lui in alcun rapporto di diritto; ma questa ragion differenziale non gli piacque dicendola più speciosa che vera, perchè ciascun cessionario avrebbe avuto secondo lui alla sua volta tale rappresentanza,

(1) Richeri, Jurisprud. vol. XI. § 500.

(2) Basevi. *Annotaz.* al § 1442, num. 1. Cod. civ. aust.

(3) Winiwarter presso Degli Sforza, *compensazione* § 4.

(4) Basevi, ibidem.

e perciò con ognuno di essi il debitore avrebbe avuto un rapporto di diritto (1). Dal canto nostro crediamo che questa ragione, espressa così com'è, sia più vera che speciosa: ossia per essere accreditata alla persuasione ha bisogno d'essere presentata sotto una miglior luce. Qualunque cessionario non diviene creditore verso il debitore se non in rappresentanza dell'originario creditore, e del primo cedente: egli è successore in luogo di colui, ed anche dopo aver notificata la sua cessione al debitore, questi conserva secondo il § 1396 del Codice civile, e secondo l'opinione dello stesso preopinante (2), tutte le sue ragioni ed eccezioni contro il credito. Dopo la cessione adunque, e dopo la notifica della medesima, se il debitore non si è riconosciuto qual debitore personale verso il cessionario, non ha altro rapporto di diritto verso il medesimo, se non che questo: che deve aver riguardo al successore del suo creditore originario: ma non come ad un nuovo suo creditore, perchè in tal caso non potrebbe più opporre alcuna eccezione contro il credito originario: sibbene come a persona rappresentante la persona dell'originario creditore. Il cessionario divenne creditore verso il debitore originario, ma solamente in rappresentanza del creditore primo. Così il secondo e il terzo cessionario o surrogato succedentisi l'uno all'altro, rappresentano ciascuno successivamente l'originario creditore, dal quale hanno causa. Se essi figurassero come creditori in proprio, il debitore non avrebbe salve le proprie ragioni contro il credito, ossia nei rapporti col primo creditore, anteriori alla cessione. Col subingresso in genere non si contrae un nuovo credito, ma solamente si muta un termine del rapporto creditorio, sostituendo all'un creditore un'altra persona (3); ma il debitore permane debitore per la medesima causa, e come se quella sostituzione non avesse avuto luogo. Il cessionario intermedio si notificò come tale al debitore, ma il suo diritto non alterò d'un punto la posizione giuridica del debitore; il suo diritto rimase nulla più che nello stato potenziale, e cedendo egli alla sua volta lo stesso credito ad un secondo cessionario, pur rimanendo il credito, egli dispare dalla scena giuridica lasciandovi il credito originario, il creditore originario, e l'attuale detentore del credito e rappresentante dello stesso primo creditore. Il primo o intermedio cessionario ebbe bensì un rapporto di diritto col debitore, finchè stette cessionario: ma questo rapporto non gli era proprio: era un riflesso del diritto del primo cedente, e dopo che egli si è spostato, quel diritto riflette la sua luce sulla persona dell'ultimo detentore.

Egli non comparve adunque come vero creditore: non ci furono dunque gli estremi abili della compensazione: fu transitoriamente creditore, non per un proprio personale rapporto, ma come imagine riflessa del primo creditore: ebbe un diritto più potenziale, che pratico ed effettivo:

(1) Basevi, al § 1442. num. 1.
(2) Basevi, al § 1442, n. 2.
(3) §§ LI e LII passim.

e la compensazione, lo dissimo a principio, suppone lo scontro di due forze giuridiche, di due diritti che dipartendo da opposte persone, nella medesima direzione ad un identico o simile oggetto, per lo scontro si clidono e scompajono. Il credito del cessionorio era più propriamente un credito del cedente, che passò momentaneamente e accidentalmente nella dizione del cessionario, conservando l'origine e la natura sua derivata dalla persona e dall'autorità e rappresentanza del primo creditore e cedente.

4. L'ipoteca col debito, al quale è accessoria, si può togliere eziandio colla consolidazione, ossia nel modo che ci viene indicato nel seguente § 1445 del Codice civile austriaco: « Ogni qualvolta il diritto in qualsivoglia modo si unisce coll'obbligo in una sola persona, si estinguono sì l'uno che l'altro, tranne il caso che sia tuttavia libero al creditore di chiedere la separazione dei suoi diritti (§§ 802 e 812), o che insorgano rapporti di genere affatto diverso. Colla successione perciò del debitore nell'eredità del suo creditore non si mutano i diritti dei creditori dell'eredità, dei coeredi o dei legatarii; e colla successione nell'eredità del debitore e del fidejussore non vengono punto mutati i diritti del creditore ». E nel § 1446 è soggiunto: « I diritti e gli obblighi inscritti nei pubblici libri non si estinguono colla consolidazione in una sola persona, infino a tanto che non se ne sia fatta la cancellazione dai pubblici libri (§§ 469 e 526). »

La consolidazione è dunque l'effetto che risulta dal concorrere in una medesima persona il diritto e l'obbligo relativo ad una stessa cosa: i quali perciò si confondono l'uno nell'altro perdendo la rispettiva forma ed essenza. Laonde ella si chiamò presso gli antichi anche col nome di confusione (1), e fu definita nello stesso modo da Fabro: *confusio enim contingit, quoties in eadem persona concurrit jus debiti et crediti* (2); e Neguzanzio ce ne dà la ragione: *quia actio et passio non potest in eodem esse subjecto* (3).

Secondo che dissimo delle cause precedenti d'estinzione, la consolidazione del debito di regola generale estingue insieme l'ipoteca accessoria.

Ma per essere tolta bisogna che tutto il debito sia estinto: perchè se ne rimanesse alcuna parte, sussisterebbe il diritto reale accessorio, come individuo e indivisibile per qualsia anche minima parte del credito.

Per apprezzare questa regola generale, e per conoscere delle gravissime limitazioni che occorrono nell'ulteriore deduzione, bisogna porre mente ai modi diversi coi quali la consolidazione può effettuarsi.

(1) Come si vede nelle leggi 50. Dig. *de fidejussor.* leg. 95, § 2. Dig. *de solution.* leg. 7. Cod. *de pactis*

(2) Fabro in Cod. lib. 8. tit. 8. def. 11.

(3) Neguzant. *de pignor.* par. 5. mem. 1. num. 49, e segg. M. Merlin. *de pignor* lib. 5, tit. 1. quæ. 11. num. 2.

Il debito e il credito ipotecario si nel debitore che nel creditore possono consolidarsi o per successione, o per contratto, ossia colla dazione in soluto.

Il credito può consolidarsi nel debitore quando questi divenisse erede del creditore, o ricevesse da lui il legato del credito. E viceversa il debito può consolidarsi nel creditore, se questi adisse l'eredità del debitore, o ricevesse in legato il fondo ipotecato al suo credito. Può infine il credito essere tolto quando il debitore desse al creditore in pagamento il fondo ipotecato o qualunque altra cosa diversa da quella ch'era obbligato di prestare.

Esaminiamo partitamente ciascuna di queste specie.

5. Se il debitore diventa erede del creditore estingue con ciò solo e di regola generale il suo debito (1); ma può talora non avvenire la consolidazione, quando i coeredi, i legatarii, o i creditori dell'eredità vi avessero un interesse contrario. A questi casi allude il succitato § 1445 del Codice civile, che appunto provvede all'interesse di coloro.

Se il debitore ottiene il legato del credito, questo si estingue secondo che il legato ha effetto; nella quale emergenza il § 663 del Codice civile ordina all'erede di restituire il chirografo, o di rilasciare al legatario l'atto di liberazione del debito e degli interessi non soddisfatti.

Se il creditore adisce l'eredità del debitore, il suo credito svanisce del tutto (2) se l'adizione non è beneficiata, se non ci sono coeredi, o sostituiti, ai quali dovesse compartecipare o restituire tutta o parte dell'eredità medesima (3).

E di vero l'erede succedendo a tutti i diritti ed obblighi del defunto, vestendone la personalità, e confondendola colla propria, raunerebbe in sè il debito e il credito in una volta: quindi il debito mancherebbe, non essendoci persona a chi prestarlo: mancherebbe il credito, non essendoci persona obbligata ad esso. E di più coi vantaggi che ci ritrae dall'eredità stessa ha modo di soddisfare al proprio credito: non però sempre.

Perciocchè se egli avesse adita l'eredità col beneficio dell'inventario, conserverebbe il suo credito ipotecario in quanto l'eredità stessa fosse passiva. Per il che Giustiano statuì: *si vero et ipse* (erede beneficiario) *aliquas contra defunctum habebat actiones, non hæ confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prærogativa inter creditores servanda* (4). Del che ci avea nella

(1) Leg. 75. Dig. *de solution.* leg. 21, § 5 e leg. 71. Dig. *de fidejussor.*

(2) Leg. 5. Cod. *de heredit. action.* leg. 7. Cod. *de pactis.* Fabro, in Cod. lib. 8, tit. 8, def. 11. Zoesio, *in pand. quib. mod. pign. solv.* num. 15.

(3) M. Merlin. *de pign.* lib. 5, tit. 1, quæ. 14, num. 18.

(4) Leg. ult. § 9. Codice *de jure deliberandi* M. Merlin, *de pignor.* lib. 2, tit. 1, quæ. 15. num. 8, et lib. 5, tit. 1. quæ. 14. num. 16 e 17. Fabro. in *Cod.* lib. 8, tit. 8. def. 11

stessa legge esibita anche la ragione, dicendo che gli eredi beneficiarii *hereditatem sine periculo habeant*; vale a dire: *ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant....: et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant* (1). Perfettamente conforme a questa è la teoria consegnata nel § 802 del Codice civile austriaco; pel quale l'erede beneficiario è obbligato verso i creditori e legatarii solo in quanto l'asse ereditario basti per le loro pretensioni, *ed anche per le proprie che gli competono indipendentemente dal diritto all'eredità.*

Il credito ipotecario del coerede ne' rapporti speciali coll'altro coerede per la semplice adizione anche pura non si estingue, se non nella parte proporzionala alla sua quota attiva, secondo che scrisse Papiniano: *debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fidejussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit, aut (quod est verius) solutionis potestate; sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fidejussoria, sed hereditaria; quoniam major tollit minorem* (2). Un debitore morì dividendo la sua eredità tra il suo creditore e il fidejussore. Il creditore compensò tanta parte del suo credito quanta corrispondeva alla sua quota ereditaria: pel residuo rimase creditore, e potè agire contro il fidejussore, non tanto come tale, ma meglio ancora come contro il coerede del defunto debitor personale. Molte altre simili decisioni abbiamo nelle leggi antiche (3).

Il credito dell'erede non s'estingue se egli dovesse restituire l'eredità a qualche sostituito: perchè non potrebbe dirsi soddisfatto del suo credito con una cosa che non può appropriarsi a perpetuità. La giurisprudenza antica fu in questo senso determinata (4) dalla dottrina di Paolo. Un debitore con pegno, egli disse, instituì erede il creditore obbligandolo a restituire l'eredità alla figlia di esso testatore. *In re integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum, vel soluta pecunia esset.* Ma s'egli avesse adita l'eredità senza altra cautela, e, non trovando a chi vendere il pegno, volesse ottenerne dal preside l'aggiudicazione, *respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est.* Ma il sostituito, continua Paolo, non potrebbe rivendicare la cosa impegnata: *possidet enim eam quasi creditor;* o se anche il sostituito fedecommissario la tenesse in suo potere, sarebbe tenuto all'azione ipotecaria: *verum est enim non esse solutam pecuniam.... Igitur non*

(1) D. leg. ultima § 4.

(2) Leg. 5. Dig. *de fidejussor. et mandat.* Vedi la spiegazione di quest'ultimo aforismo presso lo stesso Papiniano nella leg. 95, § 3. Dig. *de solutionib.*

(3) Leg. 50, Dig. *de fidejussor. et mand.* leg. 7. Codice *de negotiis gestis.* leg. 6. Cod. *de heredit. action.* leg. 6, Cod. *de heredib. instit.* leg. 7 Cod. *de bonis auctor. jud. possid.* Neguzant. *de pignor.* par. 5, mem. 1, num. 49.

(4) Surdo, dec. 266 M. Merlin, *de pig.* lib. 2, tit. 1. quæ. 13, num. 3, et lib. 3, tit. 1, quæ. 14, num. 19-22. Fusar. *de substit.* quæ. 665, num. 12. Pacific. *de salv. interd.* inspect. 5. cap. 1, n. 125. Thesaur. *quæ. for.* lib. 3. quæ. 44. num. 4.

tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio (1).

Qui come si vede parrebbe che il giureconsulto romano esitasse alquanto dinnanzi all'obbiezione che col fatto dell'adizione essendo divenuto erede, il creditore abbia da quel momento cessato d'essere creditore (2). Però di subito si rivolge coll'attenzione all'altro fatto più concludente: *verum est enim non esse solutam pecuniam.* E di vero in confronto al sostituito non è egli tanto a considerarsi come erede, che come estraneo detentore. Se fosse erede nel vero senso della parola non restituirebbe l'eredità a colui. Se la restituisce, è perchè gli manca o viene in lui a cessare il diritto ereditario. Rimane dunque creditore. *Possidet enim quasi creditor.* E se anche non possiede, rimane creditore, epperciò *etiam petitio pignoris nomine competit.* Dovendo egli restituire l'eredità, restituisce quella che è veramente tale, cioè quella che risulta dal pagamento de' debiti: beni ereditarii s'intendono quelli, i quali *deducto ære alieno supersunt* (3). Per la qual cosa non si dubitò mal che l'instituito ripetesse dal sostituito le spese necessarie ed utili fatte per riguardo al defunto e all'eredità stessa appunto perchè da essa si prededucono (4). Questa è pure una ragion decisiva nel caso nostro.

Il creditore può aver avuto dal debitore in legato il fondo ipotecato. Rimarrà senza dubbio estinta l'ipoteca, perchè l'ipoteca essendo minore del dominio, rimane confusa ed assorbita in questo.

Ma rimarrà al creditore l'azione del debito personale verso l'erede? Ancora qui ci insegna Paolo: *creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur* (5).

L'ultimo caso di consolidazione è quello che nasce dalla dazione in soluto, poichè dice Fabro: *Perseverare quidem pignoris vinculum non potest post acquisitum creditori dominium ejus rei, quæ antea fuerat obligata,* per la ragione che *quando quidem rei propriæ pignus consistere nequit* (6).

Per ultimo corollario poniamo che nè la dazione in soluto, nè la devoluzione dell'eredità avvenuta in pro del creditore, non estingue l'ipoteca, quando questa fosse stata dapprima ceduta o suppegnata ad altri (7)

(1) Leg. 59. Dig. *ad S. C. Trebellian.*

(2) Però nemmanco presso gli antichi si abusava di questa regola. Perchè abbiamo da Papiniano: *aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem.*

(3) Leg. 39, § 1. Dig. *de verb. signific.* § 785. Cod. civ. aust.

(4) Leg. 6. Cod. *ad Leg. Falcid.* leg. 8. 9, Dig. *de inoffic. testam.* leg. 18. Dig. *de relig. et sumpt fun.* §§ 549, 690. Cod. civ.; austriaco.

(5) Leg. 83. Dig. *de legatis.* 2.

(6) Fabro *in Cod.* lib. 8. tit. 6. def. 1. per il testo della leg. 30. § 1. Dig. *de except. rei judic,* leg. 29. Dig. *de pignor. act.* leg. 45. Dig. *de reg. jur.*

(7) Neguzant, *de pignor,* par. 5, mem 1, num. 56. M. Merlin, *de pignor.* lib. 5, tit. 1, quæ. 11 num. 101. 102.

perchè avendo il cedente o suppegnante cessato d'essere creditore, l'ipoteca rimane intatta presso i terzi.

6. Può accadere che l'eredità sia stata tolta al creditore, o la cosa datagli in pagamento fosse stata rivendicata da un terzo, o il fondo ipotecato ed assegnatogli in pagamento fosse stato venduto dagli altri creditori aventi ipoteca sul medesimo. Se il creditore avesse tollerato che prima d'allora fosse cancellata o non rinnovata l'inscrizione della sua ipoteca, questa saria perduta, salvo in lui il diritto di chiedere una nuova inscrizione, se e come di ragione. Ma s'egli avesse conservata tuttavia l'originaria inscrizione, potrà valersene malgrado l' avvenuta consolidazione del credito? Per essere coerenti a ciò che dissimo in riguardo all'erede fedecommessario che deve restituire l'eredità al sostituito, dovressimo rispondere affermando coll'identica ragione: che cioè il debito e l'ipoteca accessoria non si perde tanto per l'adizione, quanto che fruendo dell'eredità del debitore si percepisce con essa quanto occorre al pagamento del credito: e se l'eredità non rimane all'instituito, vien pure a mancare la materia del pagamento, quindi rimane insoluto e quindi sussistente il debito e l'ipoteca. Ma in quel luogo parlammo nei rapporti speciali tra l'instituito e il sostituito; qui dobbiamo giudicare dell'ipoteca conservabile o no in confronto ai terzi. Tuttavia la ragione del decidere, e la decisione pratica non sono diverse; perchè i terzi finchè l'inscrizione è conservata devono attendere che il creditore dimostri il fondamento del suo diritto, e questo non può essere tolto che da una causa efficace, ed efficace non è quella causa che è supposta ed erronea o caduca.

Per consenso unanime degli antichi e moderni dottori si richiede che questa causa sia costante e *irrevocabile*: chè se invece fosse rivocabile per una causa preesistente e necessaria, togliendosi il dominio e con esso la perpetua utilità della cosa data in soluto, il pagamento s'intende come non avvenuto; quindi rimane il credito ipotecario (1); imperocchè disse Fabro dell'azione ipotecaria, *quæ nec unquam extincta videri potest, cum perpetuam illam conditionem habeat, si solutum non sit debitum, aut aliter eo nomine satisfactum: leg:* grege 13, § etiam, *Dig.* de pignor. *leg.* si rem alienam. § omnis, *Dig.* de pignor. actione, *leg.* debitor 59, *Dig.* ad S. C. Trebell. (2). *Potestas enim evictionis tollit intellectum acquisitionis; ac tum demum acquisitio dominii pignus in totum extinguit, si ea irrevocabilis et incommutabilis proponatur* (3). E nel caso nostro concreto diremo con Paolo: *actio tamen pignoratitia competit: verum est enim et pignori datum, et satisfactum non esse* (4).

(1) Neguzant, *de pign.* par. 5. mem. 1, n. 52-55. Balduin, *de pignor.* cap. 20. Fabro, *in Cod.* lib. 8, tit. 8, def. 11. Merlin, *Repert.* V, *hypoth.* sect. 1, § 15. num. 2. Grenier, *hyp.* num. 502. Gauthier, *subrogation* num. 293. e segg. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 846-848.

(2) Fabro, *in Cod.* lib. 8, tit. 6, def. 1.

(3) Id. ibid. tit. 19, def. 13.

(4) Leg. 30, in fin Dig. *de except. rei judicatæ.*

La causa preesistente e necessaria della risoluzione del dominio deve essere anche *reale*, secondo che dissimo nel § XIV nell'analogo argomento della risoluzione delle ipoteche in conseguenza della risoluzione del dominio. Quindi abbisognerebbe che al creditore fosse tolta la cosa data in pagamento per un'azione vendicatoria o possessoria od ipotecaria, che in suo confronto avesse quei tre caratteri, cioè la realità, quindi la necessità giuridica, e sopratutto poi che quella pretesa avesse un fondamento anteriore al tempo del suo acquisto. Tale sarebbe la pretesa del vero proprietario o del prevalente possessore, che avessero un diritto reale anteriore alla dazione in soluto. Tali sarebbero le pretese di altri creditori che ottennero prima di quel tempo un'ipoteca sul fondo medesimo.

Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est (1). *Si rem meam*, scrisse Pomponio, *quæ pignoris nomine aliis esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor; quia avocari tibi res possit ab eo qui pignori accepisset* (2). *Si quis aliam rem*, scrisse Marciano, *pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio: et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat; nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret* (3).

Quindi conchiusero i prammatici: conservare il creditore acquirente la sua ipoteca contro gli altri (4).

Disputarono Cino ed Alessandro (5) nel caso che il creditore avesse acquistato il fondo ipotecato per via d'eredità, se egli potesse conservare la sua ipoteca contro gli altri creditori, malgrado che il debito ipotecario potesse sembrare confuso nelle conseguenze dell'adizione. Neguzanzio non esita con Cino ad affermarlo, parificando questo caso a quello dell'erede fedecommissario (6). E noi accettiamo questa conclusione nel solo caso che l'erede avesse restituita l'eredità o l'avesse in genere adita col beneficio dell'inventario, e provasse con formale rendiconto di avere esaurita tutta l'eredità beneficiata nel pagare gli anteriori creditori, e che per ciò il suo credito rimanesse in tutto o in parte insoluto (7).

Se la causa di risoluzione mancasse di alcuno de' tre caratteri superiormente assegnati, l'ipoteca pur non si potrebbe risolvere: come avverrebbe allorchè lo stesso creditore volesse risolvere la dazione in soluto per causa di lesione enorme. In tal caso rimarrebbe pur sempre estinta la sua ipoteca, perciò che disse Fabro: *pignus aliis creditoribus*

(1) Leg. 4. Cod. *de evictton.*
(2) Leg. 20. Dig. *de solution.*
(3) Leg. 46. ibid.
(4) Neguzant. *de pignor*. par. 6. m. 1. n. 26 M. Merlin. *de pignor*. lib. 4. tit. 3. quæ 93. n. 38. Fabro. in *Cod.* lib. 8. tit. 6. def 1
(5) Cino, in leg. 1. in 3. opposit. Cod. *si antiquior credit.* Alexand. apud Neguzant. *de pignor*. par. 5. mem. 1, n. 53-55.
(6) Idem, ibid.
(7) Basevi, *Annotaz* al § 802. n. 2. Cod civ. aust.

medio tempore utiliter quæsitum, temporisque privilegium iis invitis ex post facto adimi nec posset, nec deberet...; ne perchè l'acquirente, rescisso il contratto, ritorni creditore, può pretendere d'essere ristorato nell'antico diritto, che avea col proprio consenso rimesso, e di suo arbitrio volle rivocato (1). E di vero i terzi non devono soggiacere all'illimitato suo arbitrio. La causa di rescissione del resto è particolare affatto tra l'assegnante e l'assegnatario: e questi, come dissimo altre volte (2), non ha in questo riguardo un'azione reale. Dunque se è limitata a quelle due persone, non si potrà opporre ai terzi, e ricostrurre un'ipoteca in faccia ad essi che era del tutto estinta: perchè in fin di fine l'assegnatario avea ricevuto col fondo una materia certa e costante colla quale potesse soddisfare al suo credito.

7. Grenier (3) e Troplong (4) imaginarono una grave obbiezione contro questa dottrina, dicendo che la dazione in pagamento implichi novazione, epperciò l'ipoteca del debito innovato rimanesse estinta per sempre, sebbene il debito per via dell'evizione potesse rinascere. Essi però parteggiarono per l'opinione più comune, da noi testè adottata: che cioè l'ipoteca e il debito tornassero a rivivere subito che il fondo dato in paga fosse stato ritolto al creditore. Cosicchè da queste diverse opinioni risulta una vera antinomia, della quale tuttavia non si sgomentano nè tanto, nè poco, pensando che non sia opera loro, ma di alcune leggi romane che allegano per l'uno e l'altro argomento (5). E ciò che è più strano, ambedue quegli scrittori cercarono, e con pochissima fatica riescirono a purgare le leggi antiche di quell'accusa; ma per questo non pensarono punto a ritirare l'obbiezione, che la dazione in soluto operi una vera novazione, che sopprima del tutto il debito e l'ipoteca: e per lo meno non recedettero dall'opinione perfettamente contraria che la dazione in soluto è un pagamento che può cessare d'esser tale coll'evizione. Sono essi adunque che caddero in contraddizione; e noi per ischivarla, pur volendo mantenere la seconda proposizione, niegheremo che la dazione in soluto implichi alcuna novazione. Perocchè pur di sopra abbiamo veduto che questa implica la successione di un debito ad un altro, in modo che il più antico si estingua per dar luogo ad un secondo (6). Non così avviene nel caso presente; perchè il debitore cedendo il fondo al creditore in pagamento del suo credito, non intende per questo di contrarre un nuovo debito; e se un debito nasce posteriormente col fatto dell'evizione, cioè l'obbligo dell'indennizzo, non si può asserire per questo che in origine ci fosse stata una vera novazione per-

(1) Fabro in Cod. lib. 8. tit. 8. def 5.

(2) § XIV. num. 14.

(3) Grenier, *hypoth.* n. 501 e 502.

(4) Troplong, *des priv. et hyp* num. 847, e sogg.

(5) Citano per la protesa novazione le leggi 4. Cod. *de eviction.* leg. 24. Dig. *de pign. act.* Citano per l'opinione più vera alcuna delle leggi da noi citate di sopra per sua difesa.

(6) § LII, n. 3 e 8, e § LXXVIII.

chè questa era esclusa dall'intenzione dei contraenti, i quali piuttosto che innovare e trasformare, vollero estinto affatto il debito antico. Che poi per causa della dazione in solulo e della successiva evizione sia nato quel secondo debito, non si può dire che per questo si sia voluto derogare ai precedenti rapporti di diritto; perchè questa deroga non fu preveduta dall'intenzione dei contraenti; e perchè può benissimo conciliarsi la conservazione dell'antico debito col nuovo debito dell'indennizzo: essendochè il primo è compreso nel secondo come in cosa più capace. Il creditore ha interesse in mancanza di meglio a conservarsi creditore: e di più ha interesse ad essere indennizzato di tutti gli altri discapiti che patì per l'evizione. Dunque tra l'uno e l'altro debito mancano l'uno e l'altro di quegli estremi che dicemmo caratteristici della novazione vera; cioè o la intenzione manifesta de'contraenti a stabilirla, o la incompatibilità irreducibile delle due obbligazioni (1).

Un'altra obbiezione fu fatta, specialmente da Grenier (2), ed è questa: che il voler conservare l'ipoteca dopo la dazione in soluto per la sopravenienza dell'evizione non è più possibile colla moderna pubblicità del sistema ipotecario. Eppure si è veduto che questa tardiva conservazione dell'ipoteca non può ammettersi, se non fu pure conservata l'originaria inscrizione; che tutt'al più si potrebbe prendere una nuova inscrizione efficace solamente dalla propria data (3); e quindi dato che sia in vigore l'inscrizione originaria, i terzi non possono trovarsi ingannati in quanto stiano alle risultanze dei registri pubblici. Tuttavia possono cadere in errore avendo cognizione della dazione in soluto. Ma in questo caso non è più la pubblicità ipotecaria che s'oppone alla proposta conclusione: o per lo meno la sussistenza dell'inscrizione dovea piuttosto farli più cauti a non dare tanta importanza a un documento, ad una convenzione, della quale era possibile di prevedere che potesse essere annullata colla successiva evizione.

Si può proporre eziandio questa terza obbiezione: il creditore che riceve in pagamento il fondo a lui medesimo ipotecato, non può nemmeno conservando l'inscrizione, conservarsi l'ipoteca, perchè questa non può mantenersi nella sua forma giuridica in prò del proprietario del fondo ipotecato: *nemo enim rem suam habet pignori*. Ma la risposta è pronta in ciò che dissimo nel num. 30 del § LI.

8. Tutta questa dottrina fu poi tradotta nell'art. 2299 del Codice albertino, ne' termini seguenti: « il privilegio e l'ipoteca rinascono col credito allorchè il pagamento trovasi annullato per essere stato fatto con beni stati evitti al creditore, o per altra causa qualunque. Ove però l'inscrizione nel caso contemplato in questo articolo, o in quello di surro-

(1) § LXXVIII. n. 1.

(2) Grenier, *hypoth.* num. 502

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 857 e 858

gazione, fosse stata cancellata, o non fosse rinnovata nel termine fissato dalla legge, il creditore, o quegli che vi sarà surrogato, non prenderanno grado che dalla data della nuova inscrizione. »

Fu pure tradotta nell'art. 180 del Motuproprio ipotecario di Toscana: « Se i titoli inscritti ed esistenti tornano a sussistere di ragione o per l'annullazione del pagamento del credito, o per qualunque altra causa preesistente alla loro estinzione, in questo caso rivivono pure e mantengono tutta la primitiva efficacia le inscrizioni dei medesimi, quando non siano state ancora radiate; ma se al momento in cui tornano a rivivere i detti titoli fosse stata già effettuata la radiazione, hanno in tal caso bisogno di nuova inscrizione: e questa prende vita ed efficacia dal dì in cui si accende sui registri ipotecarii. »

§ LXXX.

L' ipoteca rimane pure estinta colla prescrizione del credito; e prima d' allora essa si prescrive se, pur potendosi, non fu esercitata per trent' anni in confronto del terzo possessore. La prescrizione incominciata non è interrotta per le inscrizioni fatte eseguire dal creditore.

Arg. dai § 1478 e 1479 del Codice civile austriaco e dall' art. 2180 del Codice Napoleone.

SOMMARIO

1. La prescrizione è uno dei modi per i quali l' ip ... eca rimane estinta. Difficoltà teorica e pratica dell' argomento.
2. Induzione del principio genetico e differenziale ... la prescrizione e dell' usucapione. L'ipoteca si estingue propriamente pe ... ma vera prescrizione.
3. Induzione storica dal Diritto Romano e Cano ... o de' suddetti principii. Critica della confusione operata tra l' usucapione ... la prescrizione propriamente detta: con riguardo all' azione ipotecaria.
4. Il Codice civile francese praticamente avria co ... dato in ciò il Diritto giustinianeo: ma i suoi comentatori pensarono ... ontrario: osservazioni ai loro comenti, o confutazione.
5. Il Codice civile austriaco coll' aver distinto a ... atamente l' usucapione dalla prescrizione ha reso più agevole la tratta ... e del §.
6. Analisi del medesimo. La prescrizione può ess ... pposta e pel credito e per l' ipoteca, nell' azione personale e nella r ... Della prescrizione del credito nell' azione personale. Quale ne sia il ... ne secondo la diversa natura dei crediti.

7. Il termine si computa dal giorno in cui il diritto da prescriversi può essere esercitato.
8. Delle prescrizioni cominciate o semplicemente causate da contratti seguiti prima dell'attivazione del Codice civile austriaco.
9. La prescrizione può avere dei termini più lauti secondo il carattere diverso delle persone, contro le quali si vorrebbe opporre.
10. Il periodo della prescrizione può essere interrotto, non però soltanto coll'inscrizione o rinnovazione dell'ipoteca. Se il pagamento degli interessi sia sufficiente causa d'interruzione.
11. Della prescrizione dell'ipoteca nell'azione reale.
12. Il possessore può opporre la prescrizione del credito, quando gli giova.
13. L'azione ipotecaria può essere prescritta in prò del terzo possessore indipendentemente dalla prescrizione del credito.
14. Da quali cause o fatti può essere sospesa od interrotta la prescrizione dell'azione ipotecaria.
15. La prescrizione del credito e dell'ipoteca può essere opposta dagli altri creditori; in qual modo.

1. Nobilissimo soggetto di un'estesa trattazione è questo della prescrizione, per cui molti diritti dopo un certo periodo di tempo si disciolgono, senza pur lasciare le traccie d'una causa scientifica, colla quale si possa spiegare per una contentabile deduzione la virtù imperativa della legge civile. Però per quanto possa sembrare parziale l'interesse che vi può avere la dottrina ipotecaria, tuttavia quelle particolari conclusioni che vi dobbiamo attingere, sono di tanto momento da non poterci dispensare dal ricercare la genesi razionale di quel soggetto; perchè pur nella sola prescrizione ipotecaria la giurisprudenza moderna è agitata da una profonda discordia nell'asseguarle la vera natura e i requisiti praticamente necessarii ad attuarla; la qual discordia non si potrebbe dal cauto giureconsulto ridurre alla quiete d'una soda convinzione, ove non approfondisse le cause di quel turbamento, e le riducesse ad un elevato punto deduttivo, dal quale potesse l'attento osservatore dominare la partizione naturale delle conseguenze. E per dare un esempio insigne, e fors'anche la precipua occasione di queste discordie foresi, basterà l'accennare a questa sola: la prescrizione ipotecaria è ella puramente estintiva, od è anche acquisitiva? È ella una vera prescrizione, o involge anche un'usucapione? Basterà al suo compimento il solo decorso del tempo? ovvero bisogneranno gli estremi del diuturno possesso e della buona fede per acquistare al prescrivente la libertà del suo possesso?

2. Per la prescrizione in genere un diritto si perde o insieme l'obbligato se ne emancipa, od alcun altro l'acquista senza il diretto consenso, anzi talvolta contro voglia di quegli a cui appartiene: non per un volontario abbandono, non in virtù dell'autorità sua. Quell'attributo morale non è più perenne nella persona, non vive più della sua vita: la deduzione sua è troncata a mezzo, ovvero si sposta in un'altra persona

senza una causa morale apparente. Però non tutti i diritti si perdono o si trasportano a questo modo dopo un dato periodo di tempo: chè la natura di essi, la sicurezza e la felicità dell'individuo, la costanza dei rapporti famigliari, o delle altre associazioni importano che seguano la persona, ed anzi la trascendano nell'ordine delle successioni e nella perpetuità delle instituzioni civili. Questa temporaneità è piuttosto un accidente verso la natura essenziale del diritto. Dove ha dunque, domandiamo, la sua causa logica o morale?

Difficile è la risposta, e mal soddisfacenti sono le spiegazioni esibiteci nelle scuole. Perocchè il tempo per sè solo non è causa bastevole, nè generale per la perenzione del diritto; nè l'abbandono volontario si può presumere contro la legge naturale dell'appetibilità istintiva; nè la negligenza del proprietario può essere da tanto per privarlo della proprietà, nel cui concetto sta racchiusa la libertà di fare e non fare; nè la buona fede del possessore si richiede e s'adatta come causa generale a qualunque specie di prescrizione; nè per sè stessa è causa evidente ed ultima de' suoi prossimi effetti: nè la sicurezza dei possessori implica un concetto genetico veramente dimostrativo, perchè poggia sul fatto contrario e contraddittorio per cui si toglie all'antecedente possessore la sua quiete, il suo diritto: e non in tutti i casi si tratta di possesso, come allorchè si parla di diritti personali.

Eppure esiste questo grande ed universale fenomeno per cui, e per una forza superiore che lo determina, i diritti individuali per così dire marciscono, ad onta della millantata eternità della giustizia, della pretensione apodittica della deduzione giuridica, della tenace ed esosa natura d'ogni diritto individuale. Questo fenomeno ci sorprende perchè coevo a tutte le società civili, perchè s'estende quasi a tutti i generi de' diritti acquisiti, perchè riconosciuto in quasi tutti i sistemi filosofici; e ciò nonstante perchè accettato come un fatto: non veramente perchè collocato nella serie deduttiva delle giuridiche discipline.

Tuttavia la nostra meraviglia è ristretta al solo carattere della generalità di questo fenomeno, non veramente a quello dell'originalità sua. Perocchè in molti luoghi di questa trattazione abbiamo avuto occasione d'ammirare come il diritto individuale, per ricevere una forma civile, dovesse patire in quasi tutta la cerchia della sua efficienza delle marcatissime restrizioni da parte del mondo giuridico circostante. Come l'uomo nella sua essenza fisiologica è condizionato e influenzato dalle leggi della natura fisica, così il diritto individuale è costretto è informato dalla assorbente natura morale della famiglia, della società, dell'incivilimento. Laonde stimiamo e dicemmo più volte che astrarre la mente da queste naturali condizioni, è sterile e risibile dogmatismo, anzichè salutare avviamento di scienza.

Ora se il diritto, sebbene sia una perenne espressione dell'anima, per ragion della estrinseca e materiale dimostrazione si fa cosa caduca

nell'ordine civile: l'attenzione nostra non è troppo discosta dalla origine della prescrizione e della usucapione.

Tutte le legislazioni civili ammisero che i diritti si fanno caduchi col tempo. Ma non tutti i diritti si perimono. Vediamo prima quali si sottraggono alla legge del tempo e quali vi soccombano, per vedere per qual legge appunto soccombano.

Finchè un diritto è esercitato non si prescrive. Finchè tra la persona e la cosa non è interposta alcun'altra persona, finchè almeno si conserva il rapporto, e i suoi termini, cioè, la persona e l'oggetto, il diritto rimane inalterato per qualsiasi tempo. Questo rapporto esclusivo tra la persona e l'oggetto dicesi possesso: e finchè ci ha possesso, ci ha pure il diritto e nella sua natura morale, e nella sua forma vivente imperitura. Per le cose possedute adunque, e finchè sono possedute, il diritto è imprescrivibile.

Ma ci hanno dei diritti derivati dal possesso, o semplicemente personali. Se un diritto è compreso logicamente in un altro diritto più esteso, o è naturalmente insito nella libertà della persona umana, non può svanire per l'inazione d'un lunghissimo tempo; perchè data la permanenza della causa non si può impedirne la fecondità degli effetti. Donde la massima forense: *in facultativis non currit præscriptio.*

Assai volte l'inazione è involontaria e necessitata da cause estrinseche alla libertà di chi professa un diritto: quali sarebbero o la lontana scadenza del diritto medesimo, o la minore età o l'assenza della persona: e si ha allora in pronto la massima: *agere non valenti non currit præscriptio.*

L'inazione tal'altra volta è iscusata dai speciali rapporti di famiglia e di tutela pubblica o privata, ed allora si ha in pronto un'altra eccezione alla legge generale della prescrizione. E v'ha di più: l'oggetto stesso del diritto che si vuole estinto in una persona e trasferito in un'altra non è per la natura sua specialissima o caduco o cessibile: per il che non corre la prescrizione quando ci ha contro una *resistentia juris.*

Ma dopo queste eccezioni il diritto si perde o si trasferisce senza una causa morale sufficiente e dimostrata.

Eccoci però ritornati al nodo della quistione. Non tutti i diritti si prescrivono, non tutti i diritti si perdono col solo lasso di tempo: ma quando si perdono, per qual causa si perdono? A qual ragione si sacrificano?

Abbiamo veduto che la prescrizione ripugna alla costanza e immanenza ideale del diritto. Ma il diritto non è sostanzialmente un prodotto logico, un'idea pura, un vero immoto ed eterno. Il diritto è un'espressione della natura morale, dell'attività dell'animo umano: riflesso, colorito, limitato dalla ragione, ma non prodotto da essa. Egli non appartiene al dominio della logica, se non come materia di cognizione: egli trae l'essere suo dalla libertà, dall'attività della persona umana. Ogni attività implica il concetto di forza, di causalità naturale. Ma in natura ogni

forza opera: il concetto d'inazione suppone o la collisione d'una forza contraria, o il mancamento della forza medesima

L'inazione d'una forza libera è affatto innaturale. Così il diritto, raggio vivissimo dell'attività umana, alimentata dall'istinto dell'appetibilità e dall'ambizione, non può non projettarsi all'esterno; solamente però a questa subitanea irruzione dell'attività la ragione per le necessità esteriori o colla libertà sua pone un freno per quanto tempo crede necessario agli altri suoi fini. Da indi il diritto diviene forza operante nel tempo, e cogli indugi della ragione. Il subitaneo sentimento del diritto e il consecutivo conato a realizzarlo si tengono latenti nello stato meramente potenziale e ideale; ma il diritto, come fenomeno della sostanziale attività dell'animo, è essenzialmente nel tempo: egli può durare nello stato potenziale quanto tempo importa per utilmente realizzarsi.

Per tal modo collocato nell'ingenita attività morale dell'animo, si vedrà di leggieri, come un dato diritto non può permanere lungo tempo nella sua vera essenza morale, senza irrompere all'effezione, al raggiungimento dell'oggetto suo; e che il conservarlo latente per lungo tempo nella condizione logica, potenziale, subbiettiva, può essere tollerato per tanto tempo, quanto almeno è necessario alla libertà e prudenza del soggetto che lo professa: ma che questa sua permanenza ideale, inattiva è essenzialmente temporaria, e quindi da circoscriversi ad un determinato periodo.

Ma in quelle scuole dove si predica o si suppone che il diritto è un prodotto esclusivamente logico, la prescrizione temporale del medesimo deve riuscire inconcepibile ed assurda: perchè il vero, il prodotto logico è costante ed eterno. Così il diritto s'allontanò dalla sua origine morale, idealizzandosi e perpetuandosi sempre più nella sua forma logica, quasi la forma ne costituisse da sè sola l'essenza; indi coll'ingrossare del dogmatismo lo si volle immoto, inoperoso, e nello stato suo ontologico lo si volle eternare.

Eppure il diritto inattivo è come cosa morta: può stare inattivo sol per la riflessione, o quanto tempo importa per rimuovere gli ostacoli alla propria azione; ma di sua natura opera tosto che ha la libertà di operare: e se sia per alcun tempo dopo inattivo ancora, segno è che ha perduto della sua originaria tensione. L'inazione sua, la permanenza nello stato ideale non si può spiegare altrimenti che per motivi estrinseci alla sua natura: ma ciò che è estrinseco non può mutarne la condizione sua essenzialmente temporale; può differirne l'azione, ma non a perpetuità: come lo stato ideale non è lo stato ordinario del diritto: quindi il diritto per essenza sua è caduco per la semplice inazione.

Però fin qui dicemmo della prescrizione, ossia della perdita del diritto. Ma questo può talvolta giovare ad altri, in un'altra maniera, cioè oltre che coll'emancipare l'obbligato nella persona o nella proprietà sua, assai meglio ancora col trasferire in lui il diritto prescritto dal-

l' altra parte. Il che può avvenire nel modo speciale che si disse *usucapione*. Ma per questa non si volle che bastasse il semplice inesercizio del diritto, ma che questo non si potesse perdere dall'una persona ed acquistare dall'altra, se costei non avesse creduto d'acquistare con un valido titolo, e non avesse posseduto la cosa per un dato tempo in un modo legittimo, cioè senza violenza o sotterfugio. Fra due pretendenti ad una stessa cosa, ambedue in colpa, l'uno perchè occupante una cosa altrui, l'altro perchè negligente, ben è a preferirsi l'antico proprietario all'occupante. Nessun membro della società civile può professare un diritto, ostare con esso all'interesse contrario altrui, se non ha in pronto una sufficiente dimostrazione, una deduzione del medesimo, ossia la giustificazione del suo titolo. Questa può essere non sempre formale di tanto da imporre completamente alla persuasione; allora dinanzi all'antico proprietario non potrebbe permanere nel suo possesso, a legittimare il quale in una societa preformata non basta la naturale libertà, ma si richiede una causa morale. E questa causa fu appunto fatta consistere nella *buona fede* del possessore; il quale per essa giustificava il suo possesso diuturno con quella e con questo potea respingere le tardive molestie del proprietario. Dunque ad acquistare una cosa materiale od un diritto formale fu creduto necessario che oltre l' inazione del perdente, concorresse la buona fede dell' acquirente; ma finchè si tratta di liberare la propria persona e le cose proprie da un diritto altrui: basta che questo sia disusato per molto tempo, perchè la libertà dell' obbligato si sia come riuforzata colla diuturna emancipazione di fatto.

Questo ci sembra il fondamento naturale e differenziale della usucapione e della prescrizione.

3. È però difficile di riscontrare nel graduato sviluppo della romana e delle successive legislazioni tutta questa genesi razionale; perchè la storia non può mai essere scevra dalla incertezza delle origini e dalla oscillazione delle opinioni, e specialmente dal contrasto che ogni tradizione esibisce tra i nomi vecchi e le cose nuove, le quali maturano inavvertitamente sotto la di loro scorza. Però con una critica discreta possiamo pur rilevare la ragione intima e comune, tanto dell' usucapione, che della prescrizione vera, e il criterio distintivo dell'una e dell'altra.

Per ragione comune ed intima ad ambedue assegnammo questa legge della natura morale del diritto, la quale non tollera che egli si conservi a lungo inesercitato moralmente, e solamente nel suo stato ideale e logico. E siccome in natura dopo le leggi materiali, quelle dell'ordine morale, cioè l'attività animale, la libertà, la cupidità, l'ambizione hanno una più pronta e più viva espressione che non le leggi razionali ed astratte, così dovea accadere che i diritti perissero nell'inazione assai più presto, che non nel più maturo incivilimento. E difatti nelle XII tavole era

scritto: *usus, auctoritas fundi, biennium; cæterarum rerum annuus usus esto* (1). L'uso o il possesso d'un immobile per un biennio dava autorità, cioè la proprietà sul medesimo: era dunque una vera usucapione, come così la chiamò Gajo (2); il quale aggiunse che quella legge esigesse oltre il possesso biennale anche la buona fede (3), e fosse interpretata in guisa che si potesse usucapire l'eredità, anche composta di stabili, col possesso di un anno solo (4). Il qual brevissimo termine è insigne documento dell'assunto nostro, perchè dimostra come in quel popolo attivissimo ed eminentemente giuridico nella più maschia espressione del suo Diritto civile desse tanto impero alla tenacia dell'interesse privato, da costringere il cittadino agricoltore ad una personale sorveglianza e difesa de' suoi possessi. La proprietà era tanto presso alla sua origine che perdeva la legittimità quasi appena fosse disgiunta dalla materiale occupazione. Ella non avea una rappresentazione ideale, come l'ottenne più tardi, da poter rimanere nella sua essenza logica per alcuni anni. Occupazione e dominio erano idee poco differenti: disgiunte che fossero ricadevasi nel Diritto antisociale: l'occupazione legalizzavasi: *ne fere semper incerta dominia essent* (5). Coll'usucapione biennale acquistavasi il vero dominio, e con esso le azioni civili dipendenti.

L'usucapione potea non essere oggetto soltanto d'azione, ma talvolta d'eccezione per parte dell'acquirente, che con essa si difendeva dalla rivendicazione del proprietario. E siccome la eccezione in genere dicevasi anche *præscriptio* (6), era facile il passaggio alla prescrizione pura e semplice, la quale però non fu trovata che assai più tardi. Fu prima sotto la specie della *præscriptio longi temporis* estesa l'usucapione a beni che non erano soggetti al Diritto delle XII tavole, cioè ai fondi provinciali (7); e pare che ciò si dovesse unicamente alla consuetudine, secondo abbiamo nel rescritto di Diocleziano e Massimiano: ***longi temporis præscriptio his qui bona fide acceptam possessionem et continuatam, nec interruptam inquietudine litis tenuerunt,*** SOLET PATROCINARI (9). Ma non era questa una vera e semplice prescrizione, perchè non bastava il solo

(1) Gajo, *Institut.* lib. 2. § 42, Edizione di Verona 1837, Franc. Balduin. *Justinian. seu de jure novo.* lib. 1. pag. mihi 19.

(2) Gajo. ibid.

(3) Gajo, ibid. § 49-51. e nelle leg. 36-38. Dig. *de usurpat. et usucap.* V. leg. 6. Dig. *vi bonor. raptor.* leg. 4, § 25 e 28, leg. 43. Dig. *de usurpat. et usucap.* leg. 2, § 19. Dig. *pro emptore*, leg. 5 e 11. Dig. *de div. temp. præscr.* Ulpian. *fragm.* tit. 19, § 8, leg. 5. Cod. *de usucap. pro empt.* leg. 4, Cod. *de usucap. pro hered.* leg. 3, Cod. *commun. de usucap.*

(4) Gajo, ibid, § 54.

(5) Gajo *Institut.* lib. 2. § 44, e nella leg. 1. Dig. *de usurpat. et usucap.*

(6) Bellavito, nell'articolo inserto nel Gior. per le scienze pol. legali di Po e Belloni, tom. 3. n. 14. pag. 409. Così pure nella rubrica del Codice: *de exceptionibus seu præscriptionibus* (8. 36) e nelle leg. 8 e 12 di quel titolo.

(7) Gajo, *Institut.* lib. 2, § 46.

(8) Leg. 2, Cod. *de præscrip. long. temp.* Della quale si parla distesamente in tutte le leggi seguenti di quel medesimo titolo, e specialmente nell'ultima, ove Giustiniano sembra confermare ciò che diciamo: essersi adoperata questa eccezione pei fondi provinciali, pei quali non si avea in pronto l'usucapione biennale. Vedi anche Paolo, *sentent.* lib. 5. tit. 2. § 3.

decorso del decennio tra i presenti, e il ventennio tra gli assenti; ma si richiedeva la buona fede nell'origine del lungo e continuato possesso (1). E tanto meno valeva dove si trattava, non di possesso o di diritti reali, ma di semplici azioni personali e creditorie (2).

Però qui si rileva una disposizione importante pel nostro soggetto, in quanto che gli antichi di quel tempo, pur non conoscendo ancora la prescrizione contro l'azione creditoria personale, concedevano al terzo possessore la prescrizione *longi temporis* contro l'azione ipotecaria (3); la qual prescrizione spiegavasi come fosse un'usucapione della libertà, perchè richiedevasi la buona fede e la diuturna e continua durata del suo possesso, come dissimo delle altre simili prescrizioni. Ma di fatto non dovea essere una vera usucapione, perchè almeno nei fondi italici avria potuto essere soltanto biennale. Però, richiedendosi un periodo assai più lungo, chiaramente si mostra che la natura di questa eccezione implicasse una prescrizione pura o meramente estintiva. Quindi si vede ancora come sottilmente il principio comune della prescrizione e della usucapione s'infiltrasse nel restante Diritto civile e producesse sotto false apparenze la vera e genuina prescrizione, ossia la perdita del diritto in conseguenza della sua sola inazione, nel mentre dall'altra parte si idealizzava sempre più il diritto assegnandogli in questo suo stato di inazione una assai più lunga durata.

Una costituzione di Teodosio II introdusse la prescrizione di trent'anni continui per qualunque azione speciale *in rem*, ovvero *de universitate*, od anche personale, eccetto l'azione ipotecaria che fosse promossa contro il debitore (4). Ed Anastasio suo successore sottomise tutte le azioni fin'allora perpetue alla prescrizione di quarant'anni (5); ed ispecie poi l'altro successore Giustino vi sottomise l'azione ipotecaria contro il debitore (6). Dimodochè avveniva che l'azione personale contro il debitore si prescrivesse in trent'anni: l'azione reale contro il terzo possessore in dieci o venti anni: e se la cosa era, o finchè era posseduta dal debitore, l'azione reale estinguevasi in quarant'anni (7). E da ultimo Giustiniano rimestò tutta la materia dell'usucapione e della prescrizione veramente detta; avvegnachè egli avesse attribuito alla *præscriptio longi temporis*, cioè de' dieci o vent'anni, la stessa efficacia dell'antica usucapione; col che arrecava due riforme in una volta: coll'una toglieva la differenza tra i fondi italici e i provinciali, ed estendeva a questi ultimi,

(1) Leg. 4. Cod. *de præscript. long. temp.* et passim.

(2) Leg. 3. Cod. *quib. non objic. longi temp. præscript.*

(3) Leg. 1 e 2. Cod. *si adversus creditor. præscr.* leg. ult. Cod. *de obligat. et action.* leg. 12. Dig. *de divers. temp. præscript.* Balduin, *de pignorib*, cap. 20.

(4) Leg. 3 Cod. *de præscript.* XXX vel. XL *an.* anno 424 dell'ora volgare.

(5) leg. 4-6. Cod. eod. tit. anno 491 dell'ora volgaro.

(6) Leg. 7. Cod. eod. tit. anno 525 dell'ora volgaro.

(7) Prima d'allora l'aziono ipotecaria contro il debitore non pativa alcuna prescrizione: leg. 1. Cod. *quib. mod. pign. solvitur.*

ossia a tutto l'Impero il Diritto civile di Roma: quindi l'usucapione arrecata da questo Diritto si facea possibile nell'accresciuta sua giurisdizione; dappoi allungò il termine dell'usucapione biennale portandolo al periodo della *præscriptio longi temporis*, e quello dell'usucapione annuale delle cose mobili a tre anni (1); epperciò la *præscriptio longi temporis*, ossia il possesso decennale o ventennale accompagnato da buona fede, almeno in origine (2), oltre l'aver forza di eccezione perentoria, diventava in tutti i suoi effetti una vera usucapione, perchè attribuiva anche l'azione vendicatoria (3), e non soltanto la pubbliciana o possessoria, alla quale era limitata in origine (4). Giustiniano conservava la prescrizione vera dei trenta o quarant'anni introdotta da tre imperatori precedenti Teodosio, Anastasio e Giustino: cioè la vera prescrizione estintiva, alla quale non erano necessarii requisiti, non in tutti i casi il possesso, non mai la buona fede, ma bastava soltanto l'inazione del diritto in quel lungo periodo di tempo. E specialmente nella legge penultima Cod. *de præscriptione* XXX *vel* XL *annorum* ci esibisce quel legislatore un esempio di quelle due specie di prescrizioni: la *longi temporis*, ossia la vera usucapione, e la *longissimi temporis* di chi avesse voluto opporla all' antico proprietario o al creditore ipotecario. Ivi concede al possessore munito della prescrizione *longi temporis* l'azione di rivendicazione contro l' antico proprietario o il creditore, che gli tolse il possesso, purchè egli *bona fide ab initio eam rem tenuerit*. In caso diverso non potrebbe promuovere la vendicatoria contro il creditore o il proprietario che ha ricuperato il possesso: *sin vero mala fide eam adeptus, indignus ea videtur; ita tamen ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit.... commodum detentionis sibi acquirat.* Però la prescrizione, ossia il possesso *longissimi temporis* dei trenta o quarant'anni attribuiva al detentore anche di mala fede la ritenzione della cosa: *nisi ipse injustus possessor triginta vel quadraginta annorum.... exceptione munitus sit;* non però l'azione di rivendicazione, per la quale dissimo essere stata richiesta la buona fede.

A questo modo Giustiniano conservava due antiche disposizioni che noi diciamo difettose; perchè, piuttosto che riconoscere come vero carattere differenziale tra l'usucapione e la prescrizione l'arricchire la propria libertà d'un nuovo e formale diritto, o l'emanciparla semplicemente da una limitazione, volle differenziarle col dare all'una l'azione, e all'altra

(1) Leg. unic. Cod. *de usucap. transform.*

(2) *Ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis præscriptio*: disse Giustiniano nella legge citata o nella leg. penult. Cod. *de præscript.* XXX *vel* XL *ann.*

(3) D. leg. penult.

(4) Come si vede dalla leg. 12. § 2. Dig. *de publiciana in rem act.* e nella leg. 10. Dig. *si servit. vindic.* che concedeva l'azione confessoria, ma utile, per le servitù prediali. In questo senso disse Giustiniano nella sudd. leg. penult. che le antiche leggi dessero la rivendicazione, *si quis eas* (leges) *recte inspexerit.* Questa nostra osservazione è poi suffragata nettamente dalla Glossa, nella sudd. leg. pen. Cod. *de præscript.* XXX *vel.* XL *an.* in verbo *actionem.*

una semplice eccezione giudiziale: distinzione vera nell'antico Diritto, ma affatto formale, accidentale, estrinseca. Conservò in secondo luogo la *præscriptio longi temporis* del terzo possessore contro il creditore ipotecario, esigendo la buona fede, come si trattasse di una vera usucapione: nel mentre il possessore colla perenzione dell'ipoteca non acquistava propriamente alcun diritto formale: non il dominio, perchè l'avea prima: non l'ipoteca, perchè unita al dominio in esso si confonde. Quindi rimanea circa questa perenzione la semplice e nuda prescrizione operante pel solo fatto di non avere il creditore esercitato il suo diritto reale per un tempo da prefinirsi. Aggiungeva poi Giustiniano a queste due difficoltà una terza molto più grave per la scienza: perchè non volle conservato, come presso gli antichi, il nome speciale di *usucapio* dove si trattava di acquistare un diritto formale col diuturno possesso di buona fede: colla qual cosa impedì che si rilevasse agevolmente la natura intima e il carattere differenziale di essa e della prescrizione vera.

Venne poi il Diritto Canonico a proibire al possessore di giovarsi dell'eccezione perentoria di possedere da trenta o quarant'anni, quando in alcun tempo intermedio fosse stato in mala fede: *quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat possessorem* (1): *unde oportet ut qui præscribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ* (2). Questo almeno pare il senso ovvio delle due Decretali di Alessandro III e d'Innocenzo III, dalle quali traemmo le proposizioni citate. Colla qual cosa non si fece che portare la prescrizione, o dicendo più vero, la usucapione dei dieci e venti anni a trenta e quaranta: e di più richiedevasi che anche nella prescrizione decennale la buona fede del possessore durasse per tutto il tempo che abbisognava a convertire il possesso in dominio. Per questo però, e nel punto di vista legislativo e scientifico non si arrecava alcuna modificazione circa la natura differenziale delle due categorie che stiamo esaminando.

4. Nel Codice civile francese e nei Codici italiani che l'imitarono (3) fu emendata alquanto, se non nell'espressione, certo nella sostanza la legge giustinianea. Poichè si conservò la denominazione comune di *prescrizione* tanto per la vera, cioè quando è mezzo onde essere liberati da un obbligo, quanto per l'usucapione (4). Per la prima specie si adottò la prescrizione trentennaria, cioè per le azioni personali e reali, per la quale il prescrivente non è tenuto ad esibire alcun titolo, nè a rispondere alla taccia di mala fede (5). Per alcuni generi particolari di azioni fu ri-

(1) Decretal. Greg. lib. 2. tit. 26. *de præscriptionib.* cap. 5.

(2) Ibidem, cap. 20. Vedi anche i capi 17 e 19 dello stesso titolo, e la reg. *possessor* del libro sesto delle stesse Decretali.

(3) Come vediamo nelle seguenti postille

(4) Art. 2219, Cod. Napoleone; art. 2123, Cod. siciliano; art. 2352, Cod. parmense, art. 2354, Cod. albertino; art. 1187, Cod. ticinese; art. 2261, Cod. estense.

(5) Art. 2262, Cod. Napoleone, art. 2168, Cod. siciliano, art. 1304, Cod. parmense; art.

conosciuta una prescrizione di sei mesi, di uno, due o più anni (1): specie della vera prescrizione, la quale è poi qualificata abbastanza bene nell'art. 2241 dello stesso Codice francese (2), ove si dice che può aver luogo la prescrizione contro il proprio titolo (per cui si possiede una cosa) *all'effetto d'acquistare colla medesima la liberazione dalla contratta obbligazione.* E di vero, come dissimo, la prescrizione propriamente detta non è altro che l'emancipazione della libertà personale o della proprietà da un peso che v'incombe. A questa teorica furono conseguenti i francesi legislatori eziandio nella prescrizione dell'azione ipotecaria. Poichè secondo l'art. 2180, alinea 4 del Codice civile francese (3) quest'azione si prescrive in pro del terzo possessore *col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore:* e nel caso in cui la prescrizione si appoggia ad un titolo, essa comincia a decorrere dal giorno in cui il titolo predetto è stato trascritto nei registri del Conservatore. Quel periodo di tempo è determinato nell'art. 2265 dello stesso Codice (4), ove è detto che « quegli che acquista in buona fede e con giusto titolo un immobile, ne prescrive la proprietà col decorso di anni dieci, se il vero proprietario abita nel circondario giurisdizionale del tribunale d'appello (5), nell'estensione del quale sia situato l'immobile, e col decorso di anni venti, se è domiciliato fuori del suddetto circondario ».

Or qui crediamo che per questa prescrizione non richieda la legge francese come necessaria la buona fede: ossia che per prescrivere l'azione ipotecaria il terzo possessore deve essere in buona fede circa la sussistenza dell'ipoteca. Questa mi sembra la conclusione negativa più ovvia: che nessun possessore estraneo al debito ipotecato può opporre questa speciale prescrizione di dieci o venti anni, se egli stesso non si dimostra possessore per giusto titolo, quindi in buona fede e possessore per quel periodo di tempo: in secondo luogo che il titolo del suo possesso sia stato trascritto all'ufficio ipotecario, e dal giorno della trascrizione cominci a decorrere quel periodo. Se egli fosse invece un possessore di mala fede, e quindi non fosse proprietario civile del

2397, Cod. albertino; art. 1220, Cod. ticinese; art. 2301, Cod. estense; art. 174 o 180 del motuprop. ipot. toscano.

(1) Art. 2271-2277, Codice Napoleone; art. 2177-2183, Cod. siciliano; art. 1308-1318, Cod. parmense; art. 2399-2410, Cod. albertino; art. 1220-1225, Cod. ticinese; art. 2313-2325, Cod. estense; art. 183, 184 motupr. ipot. toscano.

(2) Al quale corrispondono gli art. 2147, Cod. siciliano, art. 1304, Cod. parmense; art. 2376, Cod. albertino; art. 2281, Cod. estense.

(3) Al quale corrispondono perfettamente gli art. 2074, al. 5, Cod. siciliano, art. 2250, Cod. parmense; però la lezione di questo articolo è assai più dubbia che non nel Cod. francese; art. 1215 e 1216 Cod. ticinese; art. 2252, Cod. modanese. Il Codice albertino tolse la prescriziona decennale: vedasi le nota ai seguenti num. 6 a 10.

(4) Al quale corrispondono gli art. 2171 del Cod. siciliano, art. 2372, Cod. parmense; art. 1215 e 1216, Cod. ticinese; art. 178 motuproprio ipot. toscano; per l'art. 2303 e 2304 del Cod. modenese questa prescrizione è d'anni venti, invece di dieci o venti.

(5) Nell'art. 2372 del Cod. parmense si estende a tutti gli Stati ducali; nell'art. 178 del motupr. ipot. toscano, si estende a tutto il Granducato

fondo, non potrebbe agognare al beneficio di legge della prescrizione decennale o ventennale, e il creditore non potria essere superato da lui prima che non lo sarebbe da parte del debitore colla prescrizione trentennaria. E questa conclusione è perfettamente identica a quella che si potea condurre sotto l'influenza delle leggi romane (1), e come tale fu pur raccomandata da Troplong (2). E si aggiunga quest'altro corollario: che il possessore potrebbe opporre la prescrizione decennale al creditore, anche qualora avesse conosciuto in origine la sua ipoteca: come poteva di fatto e di diritto conoscerla perchè inscritta nei registri ipotecarii, che ei dovea consultare al momento dell'acquisto (3). In questo caso diremo che la prescrizione decennale, colla quale si vuole ribattere l'azione ipotecaria è una semplice ed estintiva prescrizione, una nuda eccezione basata sul fatto della inazione decennale o ventennale del creditore, e che quindi non fa mestieri che esso possessore si difenda dalla taccia di mala fede, per tre ragioni: la prima e più influente, perchè egli veramente con questa eccezione non intende d'acquistare alcun diritto formale, ma di emancipare la sua proprietà dall'ipoteca; per la qual cosa il terzo possessore che si rifiuta di pagare il debito ipotecario non intende d'acquistare l'ipoteca, perchè questa verrebbe assorta dal suo dominio; quindi la sua posizione è perfettamente identica a quella del debitore, in ciò che egli per l'art. 2263 del Codice Napoleone può opporre la prescrizione trentennale senza essere tenuto ad esibire un titolo od a difendersi dalla taccia di mala fede. La seconda ragione è questa, che l'articolo 2241 dello stesso Codice francese giustifica la prima ragione, ove dice che il possessore può prescrivere anche contro il proprio titolo all'effetto d'acquistare la liberazione dalla contratta obbligazione. S'egli può prescrivere contro il titolo del suo possesso, tanto meglio potrà prescrivere anche senza la buona fede, la quale suppone sempre che il possesso sia giustificato dal titolo, col quale credersi vero proprietario (4). La terza ragione non meno concludente ci è somministrata dall'art. 2180 alinea 4 dello stesso Codice Napoleone, il quale stabilisce che l'azione ipotecaria si prescrive in pro del terzo possessore col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore. Colla qual disposizione la legge non credette necessaria la buona fede del possessore, nè volle che nella prescrizione dell'ipoteca dovessero concorrere tutti i requisiti voluti nella prescrizione, o meglio nell'usucapione del dominio ipotecato.

Questa conclusione non è adottata presso i giureconsulti francesi, quantunque praticamente alcuno di essi, quale Grenier (5), favorisca egual-

(1) Vedi nel superiore num. 3.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 878.

(3) Dissimo coll'art. 2167 del Cod. Napol: nel superiore § XLVIII, n. 7

(4) Troplong. *des priv. et hyp.* num. 879, *de la prescription* num. 113 e segg.

(5) Grenier, *hypoth.* num. 514.

mente il possessore dicendo che, per aver egli avuto notizia dell'ipoteca al momento dell'acquisto, sia per la pubblicità ipotecaria, sia per altro modo; non fu costituito ancora in mala fede: e che solo lo si incolperebbe di ciò, se gli fosse stato accollato il debito ipotecario (1). Ma a questo modo si cambia la quistione, perchè in tal caso il possessore diventa debitore, e rimane pur sempre a chiedere come mai malgrado la pubblicità ipotecaria il terzo possessore non possa versare in mala fede. Più conseguente è Troplong, che da quella premessa deduce che quando il possessore ebbe in qualche modo notizia dell'ipoteca al momento dell'acquisto, mancandogli la buona fede, non potesse valersi di quella più breve prescrizione (2). Col che si può replicare che in quasi nessun caso si potrebbe metter mano a quella prescrizione, e quindi sarebbe pressochè inutile la disposizione dell'articolo 2180 del Codice civile francese, ad eccezione di quando si trattasse d'un'ipoteca legale occulta al momento della vendita; perchè in tutti gli altri casi non potrebbe egli dirsi in buona fede, se anche non avesse conosciuto le ipoteche inscritte, perchè non era difficile il constatarle: e dovrebbe a sè medesimo imputare la propria negligenza di non avere consultati i registri pubblici: la qual negligenza include la colpa, o la colpa esclude la buona fede (3).

E se anche questa replica non avesse alcun peso, varranno sempre gli argomenti che abbiamo allegati di sopra a difesa della proposta conclusione, e che i francesi giureconsulti non viddero tampoco. Ma essi si limitarono a disputare di cose secondarie affatto: come sarebbe il volere o non voler concedere che il possessore si potesse dire in buona fede dal cominciamento del suo possesso, perchè fin d'allora, come estraneo all'ipoteca colla persona, e debitore subordinato colla proprietà sua, poteva lusingarsi che il vero e personale debitore adempiesse colle restanti facoltà all'obbligo suo proprio (4); che si potesse ritenerlo giuridicamente costituito in mala fede, perchè prima dell'azione ipotecaria fosse pur proprietario e potesse godere esclusivamente dei frutti percepibili (5).

Noi non possiamo difenderci da stupore vedendo così freddamente trattata una quistione di così vitale e giornaliera importanza, e rincarire di tanto sulle oscurità della legge scritta, da condurre le tenebre le più fitte su ciò che pure si poteva intravedere con iscarso apparecchio di scienza. Perocchè dissimo e mostrammo come la prima lezione degli art. 2180, 2241 e 2262 del loro Codice civile ci mettesse sulla via di credere, come crediamo tuttora, che la legge riconoscesse, nel caso nostro una pura e semplice prescriziona estintiva. Se non che la colpa è propria in parte anche della legge francese, della quale alcuni malcauti scrittori si

(1) Grenier, *hyp.* num. 515

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 879, 880, e 881

(3) Vedi in proposito della colpa nel § XIV, num. 5, vol. 1, pag. 536-558

(4) Grenier, *hyp.* num. 514. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 881

(5) Delvincourt in Troplong, *des priv. et hyp.* n. 882.

lodano appunto, perchè aborrente dalle categorie fondamentali e dalle teoriche scolastiche, quasi che la legislazione potesse prescindere dalle prime necessità logiche, e come sistema complicato di complicatissimi veri potesse avere nozioni certe senza definizioni, ed una solida connessione senza cemento. Noi qui vediamo qual costrutto ritraesse la giurisprudenza francese dall'inesattezza delle nozioni diverse e proprie alla prescrizione vera ed all'usucapione. Veggasi se nei voluminosi comentarii se ne ritragga un frutto maggiore (1)!

5. Nel Codice civile austriaco la materia dell'usucapione e della prescrizione si trova studiata ed isvolta quanto è d'uopo alla sua importanza legislativa.

« La prescrizione, leggiamo nel § 1451, è la perdita di un diritto non esercitato entro un certo tempo stabilito dalla legge ».

« Allorchè il diritto prescritto in forza di possesso legale si trasferisce nello stesso tempo in altri, dicesi il diritto acquistato per usucapione, e il modo di acquistare dicesi *usucapione*: » così leggiamo nel § 1452 dello stesso Codice.

Quindi abbiamo le nozioni fondamentali e il carattere differenziale della prescrizione vera e dell'usucapione. Nella consecutiva giurisprudenza non deve per questo riguardo pullulare alcuna disputa; avvegnachè siano ben distinti gli attributi dell'una e dell'altra. Per l'usucapione il § 1460 richiede, oltre la capacità della persona e dell'oggetto, che possieda realmente la cosa o il diritto quegli che intende acquistarli in tal modo: che il suo possesso sia legittimo, di buona fede, non vizioso e continuato per tutto il tempo stabilito dalla legge. E nel § 1478 è pur detto: in quanto ogni usucapione contiene in sè la prescrizione, l'una e l'altra, concorrendovi i necessarii requisiti, hanno compimento nel medesimo tempo. *Ma per la prescrizione propriamente detta basta il semplice non uso per trent'anni d'un diritto che di sua natura poteva essere esercitato.*

Conduciamo quindi questi due massimi corollarii: che l'azione ipotecaria può essere prescritta, se non è esercitata per un dato periodo di tempo; che il possessore opponendo simile eccezione non deve altrimenti corredarla, come se si trattasse di usucapione. La verità di queste proposizioni risulta coll'argomentazione dal contrario senso del § 1483, ove leggiamo: « Finchè il creditore ha il pegno in suo potere, non può essergli opposto l'omesso esercizio del diritto di pegno, nè può essere pre-

(1) Ad esempio Troplong nel trattato *de la prescription*, num. 11. e seguenti, ove non sa superare l'antinomia di che è accusata la prescrizione per riguardo al diritto razionale, ossia al dogmatismo dell'antica giuridica deduttiva, se non contrapponendovi l'utilità pubblica, il Diritto convenzionale; colla quale avvertenza pur non concilia l'eterno conflitto dell'utile col giusto, e non sa dare una ragione scientifica dell'alternato loro predominio

scritto lo stesso diritto. Anche il diritto che ha il debitore di riscuotere il pegno non può essere prescritto. In quanto però il credito ecceda il valor del pegno, può fra questo tempo estinguersi colla prescrizione ». Qui la legge allude soltanto al pegno di cosa mobile, detenuta in suo potere dal creditore (1); il quale appunto colla detenzione materiale della cosa impedì che altri v'acquistasse alcun diritto reale, perchè tolse al debitore la libera facoltà di disporne in suo pregiudizio; e nemmeno nei rapporti col debitore può il creditore usucapirne la proprietà e pretendere prescritto il diritto del debitore a ripeterla dopo pagato il debito, perchè egli mancherebbe della necessaria buona fede, non potendo di sua autorità cambiare il titolo di pegno in quello di dominio (2); nè d'altra parte il debitore può prescrivere il diritto di pegno, perchè questo era continuamente esercitato colla detenzione del creditore: il quale appunto colla detenzione materiale conservava insieme la facoltà di vendere il pegno; la qual facoltà non può essere prescritta pel principio sancito nei §§ 1459 e 1482, che *in facultativis non currit præscriptio*. Ma con questa disposizione particolare la legge riconobbe che il credito semplice, e il credito ipotecario sieno soggetti a prescrizione; perciocchè il credito personale per sè stesso, o l'inscrizione ipotecaria, se si lasciano giacenti nello stato puramente ideale, se non sono riconosciuti da nuovi atti, se non sono esercitati moralmente, col tempo svaniscono, e cadono per la prescrizione di legge (3).

Conchiuderemo dunque col 1479 dello stesso Codice civile, che « tutti i diritti contro il terzo, senza differenza se siano o no inscritti nei pubblici libri, si estinguono di regola col non uso di trent'anni, e col silenzio osservato durante questo tempo ». L'azione ipotecaria promuovibile contro il terzo entra nel dominio logico di questo §: e siccome l'ipoteca prescrivendosi in pro del terzo possessore non s'acquista contemporaneamente da lui, ma si confonde e si perde nel suo dominio, ne viene che egli non l'usucapisce, ma semplicemente lo prescrive; quindi pel § 1478 non occorrono gli estremi dell'usucapione, cioè la buona fede e il possesso legittimo e continuato (4). Respingeremo quindi le insinuazioni che volle fare Mattei (5) e qualche altro comentatore austriaco (6), che qui si verificasse l'usucapione della libertà del dominio: concetto falso, che abbiamo già combattuto nell'esame delle leggi romane (7). Rifiuteremo quindi che per questa prescrizione si richiegga la buona fede

(1) Degli Sforza, *Dir. di pegno* cap. 12, § 54, in fine.

(2) § 1462 del Cod. civ. aust. art. 2236-2240 del Codice Napoleone.

(3) Anche Basevi, *annotaz.* al § 1483, n 1. Cod. civ. aust. ammette la prescrizione dell'azione ipotecaria; vedi però avanti la confutazione d'un corollario falso che deduce da questo § (num. 12).

(4) Degli Sforza, *Dir. di pegno*. cap. 12, § 55, pag. 361.

(5) Mattei, al § 471, append. 1, sub. art. 2180, num. 9. Cod. civ. aust.

(6) Degli Sforza, *Dir. di pegno*, cap. 12, § 41, pag. 298.

(7) Sopra, num. 3.

del possessore (1): opinione che abbiamo contrastata ai giureconsulti francesi.

Un'ultima obbiezione si potrebbe opporre all'assunto nostro: che cioè il possessore, liberandosi dall'ipoteca, acquisti piuttosto per usucapione la libertà del fondo, perchè, se prescrivesse semplicemente, avrebbe soltanto un'eccezione: invece che il § 1499 del Codice civile austriaco gli concede l'azione per domandare la cancellazione dell'ipoteca prescritta. Ma è presto veduto che il potersi opporre la prescrizione in modo d'eccezione è un mero accidente, che non esclude il modo contrario. Nemmeno gli antichi con quella loro *præscriptio longi temporis* escludevano il possessore dal confermarsi nel suo possesso coll'azione pubbliciana, ossia del prevalente possesso: non dinegavano al proprietario l'azione negatoria d'una servitù prediale che avesse prescritta (2). Non è dunque meraviglia se oggidì, interessando al possessore di chiedere la cancellazione dell'ipoteca prescritta, la legge gliela conceda.

6. Siccome l'ipoteca suppone un credito, e il credito può essere domandato o in una azione personale o nell'azione ipotecaria reale: viene per la prima in esame la seguente ricerca: quale sia, o di qual tempo, e con quali condizioni si possa opporre la prescrizione contro l'azione personale.

Col § 1479 del Codice civile ci siamo chiariti che per *regola generale* tutti i diritti, senza differenza se siano o no inscritti nei pubblici libri, si estinguono col non uso di trent'anni, o col silenzio osservato durante questo tempo. Simile a questo vedemmo l'art. 2262 del Codice Napoleone (3). Ma la regola generale patisce parecchie eccezioni, che ci sono additate dalle leggi seguenti. Nel § 1480 del nostro Codice civile abbiamo che « le pretensioni di arretrate annue prestazioni (4), di censi, d'interessi, di redditi e di opere, che avrebbero dovuto annualmente essere soddisfatte, si estinguono, trascorsi che siano tre anni. Il diritto stesso non si prescrive che col non uso di trent'anni ».

Le azioni per indennizzazione, secondo il § 1489, si estinguono dopo tre anni da computarsi dal tempo, in cui il danneggiato avrà avuto notizia del danno. Che se egli non ne ha avuto notizia, ovvero se il danno nasce da delitto, l'azione non è prescritta che dopo trent'anni.

Secondo i §§ 1465, 1486 e 1491 dello stesso Codice vi sono altri crediti che si possono prescrivere in un termine più breve del trentennio. Tali sarebbero secondo i §§ 967 e 968 le pretensioni d'indennizzo che il depositario movesse contro il depositante, o questi contro quello, come in pro del sequestratario per danni e spese sostenute in causa del de-

(1) Mattei, ibid. num. 10, vedi sopra n. 4.

(2) Come dissimo in una nota del sup. n. 3.

(3) Nel Codice Albertino fu pur sancita questa prescrizione trentennaria tanto per il credito, che per l'azione reale conseguente: art. 2301 e 2397.

(4) Secondo la più esatta traduzione suggerita da Basevi, annotaz. a questo §, n. 1.

posito o sequestro di cose mobili: pretensioni prescrivibili dopo sei mesi.

Così le ragioni reciproche, tra il comodante e il comodatario, pel § 982 si prescrivono dopo trenta giorni.

Il conduttore che avesse fatto sullo stabile locato delle spese necessarie od utili a carico del locatore, comunque si debba considerare come un amministratore senza mandato, deve tuttavia chiederne giudizialmente il rimborso entro sei mesi dopo la restituzione della cosa locata, altrimenti l'azione è perenta: § 1097.

Così il locatore, secondo il § 1111, che pretende dal conduttore il risarcimento per danni o deteriorazioni del conduttore o subaffittuario, deve promuoverne l'azione entro un anno al più tardi dopo la restituzione della cosa locata. E questo è un caso notabile, perchè non inconsuete sono le ipoteche costituite per l'indennità dei locatori.

Un altro caso, e forse più grave, è quello dell'azione di regresso del compratore per la patita evizione dello stabile ipotecato: della qual'azione parlammo a tutto agio nel § LXVI. Il Codice civile nel § 933 dice che « chi vuol domandar l'evizione (cioè esercitare il regresso per quel titolo) deve far valere il suo diritto in tre anni, se trattasi di beni stabili, ed in sei mesi, se di cose mobili: altrimenti il suo diritto è estinto ».

Contro questa disposizione potrebbe opporsi con fortissimo dubbio che fosse inapplicabile da noi, perchè riferentesi al sistema tavolare; e che questa azione di regresso non fosse prescrivibile se non dopo il trentennio, secondo la regola comune stabilita nel § 1479. Suppongasi che il venditore dello stabile che fu poscia evitto, non avesse avuto la proprietà del medesimo. Il vero proprietario, nei luoghi ove sono attivate le pubbliche tavole, poteva ricuperare colla vendicatoria lo stabile entro tre anni giusta il § 1467; ma se lo stabile fosse situato in luogo ove non furono attivati i registri tavolari, egli avria potuto rivendicarlo secondo il § 1468 nel termine di trent'anni. Nelle provincie lombardo-venete adunque un compratore può patire l'evizione dopo ventinove anni di possesso, ed esserne espropriato: gli rimane l'azione di regresso: sarà questa prescrivibile in tre anni solamente?

La legge del § 933 lo dice in termini assoluti. E noi le dobbiamo ubbidire: perocchè quella medesima legge che ha scritto questo § avea, o dovea aver presente la possibilità pratica da noi accusata. Si deve dunque interpretare in modo da non farle ingiuria, come fosse di corta vista. Nè la scuseremo col dire che in materia di prescrizione è in arbitrio di essa di misurare il termine di sua maturanza; ma diremo meglio, ch'ella ha predisposto così per un forte motivo, qual'è questo, secondo le nostre congnietture: che ad un diritto, che può sorgere di repente e inaspettato a turbare la quiete de' cittadini, devesi approntare un egualmente pronto rimedio. Veggasi i molti esempii dalla stessa legge affastellati nel § 1487: « Il diritto d'impugnare una dichiarazione d'ultima volontà, di esigere la porzione legittima o il supplemento di essa,

di rivocare una donazione per ingratitudine del donatario, di rescindere un contratto oneroso a titolo di lesione oltre la metà, o d'impugnare la fatta divisione d'una cosa comune; come pure l'azione per causa di timore o di errore intervenuto nel contratto, nel quale l'altro contraente non siasi fatto reo di dolo, debbono promuoversi entro tre anni. Passato questo tempo rimangono prescritti ».

L'analogia tra questi casi e quello del regresso per l'evizione è perfettissima: identico è il termine della comminata prescrizione: il § 933 è dunque legge in tutta l'estensione logica e imperativa.

Ma per diriggersi praticamente nei casi contingibili di fatto, bisogna avvertire che la maggior parte delle ipoteche inscritte per questo titolo dell'eventale regresso per evizione della proprietà fondiaria, rimontano in origine alle precedenti legislazioni, e si regolano secondo i loro dettami. Però questa proposizione non è sempre praticamente attendibile; e dove può essere opportuna, abbisogna d'una qualche spiegazione; la quale pur non è possibile se non si risponde alla seguente tesi.

7. È canone volgare che il periodo della prescrizione non conta che dal giorno in cui il diritto si potea esercitare. *Agere non valenti non currit præscriptio*, dicevano i dottori riassumendo alcune leggi antiche; tralle quali ci avea questa di Giustiniano: *apertissima definitione sancimus.... nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerunt* (filiifamilias).... *Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant* (1)? È questo un diretto corollario del principio stesso che determina legislativamente la prescrizione: come quella la quale arreca la perdita d'un diritto non esercitato in un periodo di tempo prefinito dalla legge civile. Imperocchè l'esercitarlo o il non esercitarlo suppone la possibilità giuridica del suo esercizio; laonde il § 1478 del Codice civile austriaco pose in una volta e il principio sommo, e questo suo primo corollario con dire che: « per la prescrizione propriamente detta basta il semplice non uso per trent'anni d'un diritto, *che di sua natura poteva essere esercitato* ». E nei casi speciali di una prescrizione più breve della trentennaria, che abbiamo menzionati testè, la legge nostra non trascura di ricordare questa avvertenza, dicendo che la prescrizione proveniente dal deposito sia da computarsi successivamente alla restituzione della cosa depositata (§ 967); quella del comodato dopo la restituzione della cosa comodata (982); quella della conduzione dopo la restituzione della cosa locata (§ 1097); egualmente quella della locazione (§ 1111); e quella delle azioni di indennizzo dopo che il danneggiato avrà avuto notizia del danno (§ 1480).

(1) Leg. 1, § 2, Cod. *de annal. except.* Di questo principio sono altrettante espressioni pratiche le seguenti leg. 3. Cod. ibid. leg. 4. Cod. *de bonis quæ liberis*. leg. 1, 2, 4, 6, 7 et fin. Cod. *quib. non objicit. longi temp. præscrip.*

Questo medesimo corollario fu pure chiarito nell'art. 2257 del Codice Napoleone, ove leggiamo che: la prescrizione non corre: riguardo ad un credito dipendente da qualche condizione, sino a che la condizione siasi verificata; riguardo ad un'azione per la garanzia del contratto, sino a che abbia avuto luogo l'evizione; riguardo ad un credito a tempo determinato, sino a che sia scaduto il tempo (1).

Preziosa è la ulteriore deduzione che in questa legge si fa di quel primo corollario: che cioè la prescrizione non corra se non dal giorno che fosse maturata l'azione, sia per essersi verificata la condizione, alla quale era sospeso il credito ipotecato; sia per essere verificato il fatto dell'evizione della proprietà, a garantire il perenne godimento della quale fu costituita l'ipoteca di manutenzione; sia per essere scaduto il termine a ripetere il pagamento del credito assicurato.

8. Vediamo ora della tesi superiormente proposta (num. 6), quale sia cioè il periodo della prescrizione d'un'azione di regresso per manutenzione d'un contratto seguito sotto le passate legislazioni.

Supponiamo che Tizio avesse comperato nell'anno 1815 un fondo carico di ipoteche conosciute od occulte, e che egli non avesse voluto purgare coi metodi allora vigenti; ma per garantirsi dai loro effetti, pur pagando il prezzo d'acquisto, avesse ottenuto un'ipoteca sopra altri fondi rimasti in proprietà del venditore, per titolo di manutenzione del proprio contratto, ossia per l'indennizzazione nel caso dell'eventuale evizione o molestia ipotecaria. Uno dei creditori inscritti sul fondo medesimo domandò al possessore il pagamento del credito suo prima che fosse prescritto in confronto del medesimo: supponiamo sullo spirare dei dieci anni dopo la trascrizione ch'egli avesse praticata al tempo dell'acquisto, cioè nell'anno 1825; e quindi il creditore ottenne la vendita esecutiva del fondo. L'espropriato d'allora in poi ebbe in pronto l'azione di regresso per la sofferta molestia ipotecaria: e quantunque questa azione fosse accompagnata da apposita ipoteca, vuol reagire coll'azione personale verso il venditore o i suoi eredi. Quest'azione, domandasi, sarà prescritta in tre, ovvero in trenta o più anni? Varrà di preferenza il § 933 del Codice civile austriaco: ovvero la legge romana o la francese vigente all'epoca del contratto?

Viddimo che le leggi romane non sempre accordarono la prescrizione per qualsivoglia azione personale prima delle provvidenze sancite dai tre predecessori di Giustiniano; laonde non è meraviglia se nella legge 21 Cod. *de evictionibus*, Diocleziano e Massimiano avessero detto: *empti actio longi temporis præscriptione non submovetur, licet per multa spatia rem evictam emptori fuerit comprobatum.* Ma abbiamo pur veduto che l'a-

(1) A questo art. corrispondono gli art. 2165 del Cod. siciliano, art. 1305 Cod. parmense, art. 2391 Cod. albertino, art. 2296 Cod. modonese; con termini diversi vi corrispondono gli art. 1224, del Cod. del cantone Ticino, e 175 del motupr. ipot. toscano.

zione personale di regresso, insieme a qualunque altra azione personale fu sottomessa da Teodosio alla prescrizione trentennale, e se dessa fosse munita d'ipoteca fu pur sottomessa da Anastasio e Giustino alla prescrizione di quarant'anni in confronto del debitore, oltre all'antica prescrizione decennale o ventennale in confronto al terzo possessore di buona fede (1).

Abbiamo parimenti veduto come quest'azione di regresso per la seguita evizione, in quanto si dirige contro il debitore, si prescriva nel periodo di trent'anni, secondo gli art. 2257 e 2262 del Codice Napoleone, da compularsi dal giorno in cui l'evizione fosse di fatto avvenuta.

V'ha dunque una differenza rimarchevole tra il Codice civile austriaco e le precedenti legislazioni. Ma varranno queste nel caso nostro?

La sovrana Patente 1 giugno 1811 che accompagna il suddetto Codice, dopo avere abolito il Diritto comune e le altre leggi relative agli oggetti della nuova legge, arrecava queste memorabili parole: « siccome però in questo istesso Codice è stato da noi stabilito per regola generale che le leggi non possono aver effetto retroattivo, così pure *non dovrà questo Codice avere influenza veruna sopra atti che hanno preceduto il giorno, in cui esso ottiene forza obbligatoria, nè tampoco sopra diritti acquistati in virtù di leggi anteriori,* sia che tali atti consistano in affari di diritto bilaterali, o sia in dichiarazioni di volontà tali, che possano essere ancora cambiate ad arbitrio di chi le ha fatte e conformate a quanto nel presente Codice viene prescritto. *Quindi è* che l'usucapione e la prescrizione eziandio, *incominciata avanti che abbia avuto vigore questo Codice,* dovrà essere giudicata secondo le leggi anteriori. Che se taluno riportar si volesse all'usucapione o prescrizione, che nella legge più recente viene fissata ad un tempo più breve di quello, che è stabilito dalle leggi anteriori, non potrà egli principiare a computare questo termine più breve, che dal momento soltanto in cui il presente Codice acquista forza obbligatoria ».

Non è difficile da questa chiarissima legge di condurre i seguenti corollarj: che la prescrizione cominciata prima dell'anno 1816, si regola secondo le leggi anteriori, perchè col 1 gennajo di quell'anno fu dichiarato obbligatorio in queste provincie il Codice civile generale austriaco, in virtù della sovrana Patente 28 settembre 1815 (2). Ma è libero agli interessati di opporre la prescrizione più breve che fosse permessa nel nuovo Codice, purchè si computi non prima del 1 gennajo 1816, cioè dal giorno in cui il Codice medesimo entrò in vigore. Quindi inferiamo, pel caso proposto nel penultimo numero, che l'azione di regresso per evizione, maturata prima o dopo l'attivazione del Codice civile austriaco, quantunque per le leggi anteriori non si prescrivesse che in trenta e più anni, per la succitata sovrana Patente può prescriversi, secondo che in-

(1) V. supra, num. 5.

(2) Notificaz. gov. lomb. 16 ottobre 1815.

teressa al debitore, solamente in tre anni, a tenore del § 933 dello stesso Codice, incominciando per le evizioni anteriori alla promulgazione di questo Codice, a computarlo da questo tempo (1).

9. Il periodo della prescrizione può variare, non solamente secondo la diversità dei crediti da prescriversi, ma ancora secondo i rapporti speciali, ossia secondo il carattere delle persone, contro delle quali si vuole opporre. Ed anche questo è un corollario del principio razionale della prescrizione stessa, come quella la quale, supponendo un'inazione da parte del creditore, richiede che si esamini quanto sia essa volontaria e libera; perciocchè, siccome viddimo che quando l'inazione è necessaria e insormontabile, cioè quando il credito non si può giuridicamente esercitare, neppure ha luogo la prescrizione; così dove essa non è del tutto nè necessaria, nè volontaria, questa gradazione costringe il Legislatore a transigere nella prescrizione corrispondente, allargandone il termine quanto è d'uopo, perchè la volontà del creditore possa con maggior libertà determinarsi a realizzare il suo diritto. Ciò che manca d'intensità è supplito colla ragione contraria del tempo.

Le persone, la cui inazione è iscusata dalla legge, sono pei combinati §§ 1472 e 1485 del Codice civile austriaco il fisco, cioè gli amministratori dei beni e del patrimonio dello Stato, gli amministratori dei beni delle chiese, delle comunità e di altre lecite corporazioni; contro le quali persone privilegiate si richiede per la prescrizione il decorso di quaranta anni, invece del termine ordinario di trenta (2).

Le persone morali non sono le sole la cui inazione può o deve essere iscusata dalla legge: ma altre persone vi sono che meritano più instantemente la pubblica protezione, quali sono i pupilli e gli interdetti. È il Codice civile provvede ad essi stabilendo nel § 1494, che « contro le persone, che per difetto di mente sono incapaci di difendere da sè i proprii diritti, come sono i pupilli, i mentecatti, gli imbecilli, il tempo dell'usucapione e della prescrizione non può incominciare fino a che non sia ad esse costituito un legittimo difensore. L'usucapione o la prescrizione incominciata decorre bensì, ma non può mai aver compimento se non due anni dopo che siano stati tolti gli impedimenti ».

Il periodo ordinario della prescrizione s'allunga, ossia non si computa per alcun tempo, non solo per la qualità personale del creditore, ma talvolta anche per ispeciali rapporti tra lui e il debitore, come ci viene indicato nel § 1495 del Codice civile austriaco: « Anche tra conjugi durante il vincolo matrimoniale, come pure tra figli o minori ed i loro genitori o tutori durante la patria podestà o quella della tutela non può incominciare la prescrizione o l'usucapione, nè continuarsi ».

(1) Baseri, annotaz. al § 1478, n. 2, parrebbe supporre che questa azione di regresso non si potesse prescrivere che in 30 anni.

(2) Giustiniano portò la prescrizione contro le Chiese fino a 100 anni: leg. 24. Cod. *de S. S. Eccles.*

L'inazione del creditore può essere non imputabile sempre, o non del tutto, al suo libero volere: perciò il § 1496 provvede a questa emergenza, con dire: « L'assenza per causa di servigi civili o militari, o la totale sospensione dell'amministrazione della giustizia, per esempio in tempo di peste o di guerra, è di ostacolo non solo ad incominciare l'usucapione o la prescrizione, ma anche, finchè dura questo impedimento a continuarla ».

10. La prescrizione può essere interrotta, secondo che dice il § 1497 del Codice civile: « se quegli che intende giovarsene, prima che scada il tempo della prescrizione, ha riconosciuto espressamente o tacitamente il diritto altrui, o se da quello cui compete il diritto viene citato in giudizio, e l'azione è regolarmente proseguita ». Se il debitore avesse riconosciuto espressamente il suo debito, la prescrizione di questo non potrebbe cominciare dall'origine del debito, sibbene dalla posteriore ricognizione del medesimo, come quella che trasse il diritto creditorio dalla diuturna dimenticanza e dall'inazione, che più oltre protratta l'avria fatto perire. Un diritto è esercitato anche soltanto cogli atti di ricognizione che ne facesse l'obbligato, come si vede in materia d'enfiteusi, e di patronato. Che poi la ricognizione possa essere tacita, ossia manifesta piuttosto coi fatti che colle parole, è pure la stessa cosa; perchè si colle proteste orali o scritte, che coll'obbedienza o colle prestazioni di fatto può manifestarsi, sebbene ad intervalli diversi, vivo e rigoglioso il rapporto creditorio. E questa osservazione ci giovi come premessa alla conclusione, per la quale diciamo che il debitore col pagamento degli interessi riconosce tacitamente il debito, e quindi impedisce la prescrizione del capitale, secondo che disse eziandio Giustiniano: *exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit* (1).

La prescrizione del credito sarebbe pure interrotta da altri fatti, dai quali si potesse desumere la ricognizione implicita del credito stesso: quale sarebbe ad esempio questo: se dopo qualche anno il debitore avesse cautato il creditore concedendogli un'ipoteca, o interposto un terzo come fidejussore.

Così pure se il creditore avesse chiesto una prenotazione, e l'avesse confermata col successivo giudizio di liquidità, avrebbe interrotta la prescrizione, non veramente per la ricognizione espressa o tacita del debitore, ma per il giudizio di liquidità regolarmente proseguito e compiuto.

Non basterebbero però ad interrompere la prescrizione gli atti del creditore diretti a conservarsi l'ipoteca, sia praticando l'inscrizione

(1) Leg. 8, § ult. Cod. *de præscript. XXX vel XL annor.*

concessa in un titolo anteriore, sia rinnovandola alla scadenza decennale. Questa è la precisa disposizione dell' art. 2180 del Codice Napoleone, che abbiamo trascritta nel nostro §, e fu pure conservata negli articoli 7 e 30 del Decreto italico 25 ottobre 1808, per la ragione che queste pratiche non suppongono alcuna diretta o indiretta connivenza per parte del debitore o del possessore: e così fu pur giudicato colle sentenze conformi 18 dicembre 1852 d' un tribunale provinciale, e 7 aprile 1853 dell' Appello lombardo (1).

11. L' azione ipotecaria, che si promuove come reale anche contro un terzo possessore, può essere prescritta secondo la regola generale contenuta nei §§ 1478 e 1479 del Codice civile austriaco, cioè nel periodo di trent' anni: tempo identico a quello col quale ordinariamente si prescrivono le azioni personali. « Tutti i diritti contro il terzo, ripetiamo coll' ultimo di quei §§, *senza differenza se siano o no inscritti nei pubblici libri*, si estinguono di regola col non uso di trent' anni o col silenzio osservato durante questo tempo ». Ella è dunque codesta una vera prescrizione estintiva, alla quale basta, secondo il citato § 1478, il semplice non uso di trent' anni d' un diritto, che di sua natura poteva essere esercitato. E la stessa legge d' altronde con somma cura distingue da questa la possibile usucapione, sì del dominio (§§ 1467 e 1468) che delle servitù ed altri speciali diritti esercitati sul fondo altrui, non esclusa l' ipoteca (§§ 1469 e 1470); ma in questi casi si tratta, non d'estinguere l'ipoteca inscritta sul fondo usucatto, ma semplicemente di conoscere il possesso *animo domini* e legittimo, e l'ipoteca inscritta, comunque mancante d' alcun dato legittimo. E questa usucapione dell' ipoteca è particolare affatto al sistema tavolare, o per lo meno è estranea al presente nostro assunto: perchè noi qui parliamo nell' interesse del possessore che vuol sbrigarsene, e non del creditore che voglia conservarsi una difettosa ipoteca (2). Rimarrebbe a dire se l'usucapione del dominio per parte del terzo possessore importi la prescrizione dell' ipoteca; ma di questo abbiam discorso nel § LVII, num. 5 e 7, ove concludemmo che, se il possessore avesse incominciata e perfetta l' usucapione dopo l'ipoteca, come avente causa dal debitore (per avere acquistato il fondo da lui), se l' ipoteca non fosse nello stesso tempo prescritta, non sarebbe inefficace in suo confronto, paragonandosi egli ad ogni altro avente causa dal debitore, che è obbligato a rispettare le ipoteche concesse dal suo datore. Nello stesso modo, se il possessore avesse usucatto come non avente causa dal debitore, non potrebbe tuttavia sottrarsi all'ipoteca, se l' usucapione non si fosse perfezionata che dopo la costituzione di quel-

(1) Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia, an. 6, 1853, num. 20.

(2) L' usucapione dell' ipoteca tiene a quel principio pratico della buona fede, del quale abbiam detto nel § XIV.

sta. Ma se egli avesse incominciata e compiuta l'usucapione della proprietà come non avente causa dal debitore, e dopo costituita l'ipoteca, questa cadrebbe come se in origine fosse stata costituita sopra una proprietà altrui.

Contro queste chiare emergenze di diritto non può sostenersi razionalmente la disposizione dell'art. 2180, alinea 4, del Codice Napoleone, in quanto si volle da' suoi comentatori mettere allo stesso livello l'usucapione decennale del possessore colla prescrizione ipotecaria, non col far dipendere questa da quella, perchè radicalmente distinte (1), ma col confondere la natura dell'usucapione del dominio con quella della prescrizione dell'ipoteca, erogando questa al grado di usucapione. Diversissime cose: perchè chi usucapisce il dominio non può acquistare che un dominio tal quale era limitato in origine, e nello stato in cui apparteneva al suo datore; ma il possessore, in quanto vuole opporsi all'ipoteca inesercitata, non usucapisce no, ma semplicemente prescrive: quindi non occorrono gli estremi dell'usucapione, ma quelli soltanto della prescrizione, cioè il decorso del tempo prestabilito dalla legge ad un diritto che di sua natura poteva essere esercitato.

Occupiamoci dunque di questa prescrizione. Nella legge austriaca è identico il periodo assegnato alle azioni personali ed alle reali. Ma ella dice che questa è la regola generale. Vi saranno dunque delle eccezioni: e ben parecchie ne vedemmo parlando della prescrizione del credito, opponibile a chi vi è obbligato personalmente. Queste eccezioni saranno desse comuni all'azione reale? Il terzo possessore potrà opporre la prescrizione più breve inerente alla natura speciale del credito professato? Prima domanda. Ma con questo sarà egli in obbligo di sostenere tutte le ampliazioni di termine, e le interruzioni che si potevano opporre al debitore personale? Secondo e più difficile quesito.

12. L'azione ipotecaria suppone un'ipoteca da realizzare; l'ipoteca suppone un credito da assicurare; realizzando l'ipoteca si realizza il credito: questa è l'intenzione dell'attore. Il convenuto terzo possessore può opporsi a colui coll'eccezione, che la sua intenzione non sia giuridicamente efficace, perchè il credito prescritto non si può più ripetere in giudizio. Il nostro Codice civile colla semplicità della orditura del capitolo della prescrizione sembra accreditare questa opinione, perchè col § 1479 diede la regola generale: che tutti i diritti personali e reali contro il terzo senza distinzione alcuna se inscritti o non inscritti, si estinguono nel trentennio. Egli non riconosce alcuna speciale prescrizione in pro del terzo possessore del fondo ipotecato; ma parlando in una volta di qualunque diritto personale e reale, quindi del credito personale e dell'ipoteca, disse che si prescrivono trent'anni dopo il giorno in cui questi diritti pote-

(1) Grenier, *hypoth*, num. 510. Troplong. *des priv. et hyp.* num. 878.

vano essere esercitati (§ 1478). Il creditore poteva da trent'anni esercitare il suo credito contro il debitore o contro il possessore? Se non l'ha esercitato lo perdette. Un suo credito potea e dovea essere esercitato in un termine minore? Coll'inazione lo perdette mai sempre.

Suppongasi che nel 1820 avesse Tizio contratto un debito di mutuo scadibile nel 1826 verso Sempronio, costituendo un'ipoteca; che nel 1830 avesse venduto a Cajo il fondo ipotecato. Cajo terzo possessore può opporre la prescrizione del credito, comunque l'azione ipotecaria in di lui confronto non si avesse potuto esercitare che dal giorno del suo acquisto. Per questa circostanza dell'avere il debitore alienato il fondo ipotecato non fu tolta al creditore la facoltà di realizzare il suo credito sul fondo medesimo. Quindi si può dire, a termini de' §§ 1478 o 1479, che quel credito è prescritto dopo il trentennio computato dal di in cui per la scadenza si potette esercitare col vantaggio della realità ipotecaria.

Questa conclusione ci pare sicura, pur considerando l'interesse del creditore a realizzare insieme al credito personale anche il suo diritto reale; perchè è troppo ovvio alla persuasione questo vero: che qualunque diritto comincia a contare la prescrizione dal giorno in cui nella sua interezza puossi esercitare.

I comentatori del Codice civile francese per aver voluto imbastardire la prescrizione ipotecaria decennale del terzo possessore colla usucapione del dominio, doveano trovarsi imbarazzati nell'adottare questa conclusione, per la quale si fa manifesto che il possessore prescrive semplicemente l'ipoteca, e non usucapisce cosa alcuna. Prescrive col solo decorso del periodo stabilito all'inazione del creditore, ma non acquista alcun formale diritto per sè medesimo. Prescrive l'ipoteca, o per meglio dire, questa si estingue quando se ne tarda in un dato periodo l'esercizio giuridico: quindi si estingue quando è prescritto il credito, sia contro il debitore, sia contro il terzo. Riconobbe Grenier che l'ipoteca si prescrive più presto, secondo che la prescrizione del credito è minore: ma egli limitò questa sua conclusione nei rapporti col debitore personale, e non volle estenderla al terzo possessore: perchè di esso disse che, passato il fondo ipotecato nelle sue mani, l'ipoteca si trova isolata, si dislacca dall'obbligazione personale per unirsi piuttosto al dominio del nuovo possessore (1). Cose incredibili son queste. L'ipoteca non è più l'accessorio del debito, e la limitazione del dominio: ella diviene l'accessorio del dominio; il possessore, da debitor reale, diviene creditore! *Dormitat Homerus*. Volle egli forse dire che il possessore usucapisce l'ipoteca nel senso che acquista l'ipoteca, ossia quella parte ideale di dominio che manca al suo concetto integrale? Per conto nostro rifiuteremo questa spiegazione per quella fondamentale distinzione che riconoscemmo tra la prescrizione

(1) Grenier, *hypoth.* num. 509 e 510.

o l'emancipazione della libertà personale e della proprietà, e l'usucapione o l'acquisto d'un diritto formale. Ma nemmanco Grenier può raccomandarcela; perchè ebbe cura di distinguere l'usucapione del dominio da quella, ch'egli dice avvenire dell'ipoteca. Il dire che l'usucapione dell'uno tragga seco quella dell'altro, *ce serait un erreur* (1). Ma sarebbe ancora un errore più grande il pensare che l'ipoteca si potesse prescrivere così come si acquista coll'usucapione il dominio.

Se non che lo stesso giureconsulto poche pagine avanti, senza pur disdirsi di ciò che disse dapprima, insegnò precisamente che, estinto colla prescrizione il debito personale, cade pure l'accessorio, in ciò che il possessore può valersi della prescrizione del debito (2). Questa ultima conclusione, che è la vera, fu pure insegnata da Troplong, (3), e trovasi pur confermata nel Codice albertino, il cui articolo 2301 è del seguente tenore: « Si estinguono (i privilegi e le ipoteche) parimente colla prescrizione, la quale *rispetto ai beni che sono presso il debitore* non può acquistarsi, salvo colla prescrizione del credito; e *rispetto ai beni posseduti dal terzo*, si acquista *altresì* col solo trascorso di trent' anni, secondo le regole però stabilite nel titolo della prescrizione ».

Le ragioni e testimonianze allegate parrebbero bastare all'assunto, se pur nella giurisprudenza nostrale non ci fosse un ultimo ostacolo a superare. Basevi nella prima annotazione al § 1483 del Codice civile adduce per l'opinione contraria tre allegazioni. Desume la prima dallo stesso §, ove è detto che, finchè il creditore ha il pegno in suo potere, non può essergli opposto l'omesso esercizio del diritto di pegno, nè può essere prescritto lo stesso diritto; in quanto però il credito ecceda il valore del pegno, può fra questo tempo estinguersi colla prescrizione. Lo stesso si avrebbe a dire, soggiunge il comentatore dell'ipoteca non cancellata. Ma noi dicemmo il contrario, e ci riferiamo alle osservazioni che in merito a quel § abbiamo fatte nel superiore num. 5: che cioè quella legge allude al pegno di cosa mobile, quindi ad un diritto che non può essere prescritto, perchè esercitato implicitamente e continuamente col fatto e la facoltà inerente alla materiale detenzione del medesimo. La seconda allegazione dello stesso preopinante è questa, che la possibilità dell'esistenza d'un diritto reale ipotecario, indipendentemente dal debito personale, sia ammessa nei §§ 469, 526 e 1460. Ma pur vedemmo che la legge del § 469 è affatto esclusiva al sistema tavolare, nel quale per l'interesse dei terzi di buona fede l'inscrizione ipotecaria, finchè non è cancellata, è mantenuta in vigore come non fosse mai stato sciolto il debito (4). Quindi la legge conserva al cessionario o al suppegnatario l'a-

(1) Grenier, *hypoth.* num. 510.

(2) Grenier, *hypoth.* num. 519.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 878 bis, *de la prescription*, num 639. Conclude così anche Mattei, al § 471, Cod. civ. austr. append. 1, art. 2180, n. 8: però piuttosto che per propria convinzione, sulle autorità di Troplong, e di Duranton, *Droit. civ.* vol. XI, num. 308;

(4) Introduz. num. XXIV, § XLVIII, num

zione ipotecaria, contro il terzo non solo, ma anche contro lo stesso debitore, perchè pure in suo confronto l'ipoteca col debito che l'informa sono mantenuti in vigore. Tanto meno poi concludono i §§ 826 e 1466: perchè nel primo si parla di servitù e di registri tavolari, che non hanno alcuna analogia col caso nostro; nel secondo non ci ha una minima attinenza, perchè vi si parla dell'usucapione triennale delle cose mobili.

Il terzo argomento desunto dalle leggi romane, non conclude di più contro l'evidentissimo progresso operato dalle legislazioni moderne. Dicevano è vero gli antichi: ***intelligere debes vincula pignoris durare, actione personali submota*** (1). Ma questo dettato di Gordiano imperatore ricevette una spiegazione nell'altro suo rescritto contenuto nella legge ultima Cod. ***etiam ob chirographariam pecuniam***, colla quale avea stabilito che il pegno di cosa mobile continuasse a sussistere per un secondo debito, anche dopo estinto il primo (2): disposizione la quale, perchè abolita col § 471 del Codice civile austriaco, spiega eziandio la verità storica e insieme la nullità pratica di quel vieto aforismo.

Però, se ai tempi di Gordiano la cosa era così come diciamo, qualche secolo dopo accadde precisamente, come dice Basevi, che l'azione ipotecaria venne a prescriversi talvolta in un periodo di tempo assai più lungo di quello che fosse necessario alla prescrizione dell'azione personale (3): come abbiamo accennato nella genesi storica della prescrizione, laddove dissimo che tutte le azioni personali non duravano oltre il trentennio, salve le cause d'interruzione e di sospensione (4): nel mentre l'azione ipotecaria si prescrivea dal terzo possessore colla eccezione ***longi temporis*** di dieci o vent'anni, quand'egli fosse stato in buona fede (5); ma in confronto del debitore, suoi eredi, o pel terzo possessore di mala fede o avente causa dal debitore, quando avesse voluto computare la prescrizione mentre viveva il debitore medesimo, non si prescrivea che in quarant'anni (6): però se avesse voluto incominciarla dal tempo della morte del debitore la prescrivea in trent'anni, quando non avesse potuto allegare la buona fede necessaria alla prescrizione decennale (7). Cosicchè di fatto potea accadere che continuasse a sussistere l'azione ipotecaria assai tempo dopo che era prescritta l'azione personale, e perciò coll'i-

5. § LXXVII, num. 3, ove citammo eziandio l'opinione conforme di Basevi.

(1) Leg. 2. Cod. *luitione pignor.*

(2) Che abbiamo esaminata nel § LXXVIII, num. 2.

(3) Balduin. *de pignor.* cap. 14.

(4) Leg. 3 e 7, Codice *de præscript.* XXX, *vel* XL an.

(5) Leg. 1 e 2, Cod. *si adv. cred. præscrip.* Neguzant. *de pignor.* par. 6, mem. 2, n. 1. M. Merlin. *de pign.* lib. 3 tit. 1, quæ. 21. n. 1-5. Hotoman. *in Dig. quid. mod. pign. solv.*

(6) Leg. 4-7, Cod. *de praescript.* XXX *vel* XL *an.* Neguzant. *de pignor.* par. 6, mem. 2, num. 1 e 5, M. Merlin. *de pign.* lib. 3, tit. 1, quæ. 25, n. 2, et segg.

(7) Leg. *cum notissimi* 7, in princ. et § 1. Cod. *de præscript.* XXX *vel* XL *an.* Neguzant. *de pign.* par. 6, mem. 2, n. 1, M. Merlin, *de pign.* lib. 3, tit. 1, quæ. 24, num. 6-10, Voet, *in pand. qui potiores.* num. 9.

poteca potesse il creditore realizzare quel credito, che non avria potuto far valere coll' azione che da esso scaturisce immediatamente.

La qual cosa ripugna essenzialmente alla natura intima dell'ipoteca, che non può essere efficace, se virtualmente non comprende un debito od un'obbligazione qualsiasi ch'ella assicura (1). Ogni altra spiegazione di questo fatto legislativo non ci sembra attendibile (2) che questa: che i legislatori bisantini d'altro non si curarono, che d'estendere vieppiù la prescrizione a' casi non contemplati dalle leggi precedenti, e d'allungare i termini rispettivi, senza pure pensare a semplificare ed armonizzare le particolari e diffusissime loro costituzioni. La sapienza degli ultimi imperatori non rifulge certamente di quell'aurea semplicità, e di quella forza di sistema che dell'antico Diritto romano e dei Codici moderni costituiscono monumenti imperituri del progressivo incivilimento. Quindi la scienza moderna non deve trarre alcun lume di persuasione da quelle autorità sì retrive e indigeste.

13. Più difficile del precedente è quest' altro quesito: dovrà il possessore attendere che si compia la prescrizione del credito e dell'azione personale? ossia, supposto che la prescrizione del credito personale sia stata interrotta o impedita in confronto al debitore, potrà il possessore dirsi estraneo al fatto o alle cause dell' interruzione o dell'impedimento, e quindi accampare la prescrizione del credito, computandola dal dì che nella inscrizione appariva esigibile? Potrà nella peggiore delle ipotesi valutare l' inscrizione dal giorno del suo possesso?

Supponiamo che nel 1810 avesse Tizio contratto un debito di mutuo verso Sempronio scadibile nel 1820 e con ipoteca inscritta colla menzione di questa lontana scadenza. Supponiamo ancora che il fondo ipotecato fosse stato venduto a Cajo nel 1821, e Tizio debitore avesse regolarmente pagato gli interessi fino a che nel 1882 il creditore movesse l'azione ipotecaria contro il possessore. Questi non potrebbe opporre la prescrizione trentennale del credito, perchè continuamente interrotta in riguardo al debitore: vuole però opporla all'azione ipotecaria, come quella che si poteva esercitare dal trentennio retro, e non fu esercitata o interrotta in alcun modo in confronto di esso possessore. Egli avrebbe ragione di opporla, pur rimanendo salva l' azione personale verso il debitore.

Questa conclusione è pure insegnata da Troplong nel luogo ove scrive che quantunque l' ipoteca sia cosa accessoria al debito personale, non si deve tuttavia credere che la prescrizione dell' azione ipotecaria sia in-

(1) Come dissimo in proposito delle obbligazioni semplicemente naturali nel § V, num. 4-6.

(2) Parecchie spiegazioni furono date più o meno inverosimili da Brunneman, in leg. 7, Cod *de praescript. XXX vel XL an.* Struvio, *Syntag. jur qui potiores in pign. thes.* 10 collo annotazioni di Lyncherus o di Müller, Voet, *in pand. qui potiores.* num. 9.

terrotta in riguardo al terzo possessore per mezzo degli atti che interrompono la prescrizione incominciata contro l'azione personale: ma quella rimane prescritta, pur sussistendo codesta (1). E nella speciale nostra ipotesi soggiunge, che il possessore può prescrivere l'ipoteca d'un debito per rendite, quantunque il debitore le avesse regolarmente pagate (2).

E così fu pure giudicato dall'Appello veneto con sentenza 3 febbrajo 1847, n. 1530, confermata dal Senato lombardo-veneto con decisione 12 agosto 1847, n. 1859, nel caso seguente. Nel 1802 don Fidenzio diede a mutuo affrancabile *quandocumque* 165 ducati a un tale con ipoteca sul bosco di san Nicolò, che fu venduto nel 1805 a Basilio, e da questi a Geminiano. Il debitore pagò regolarmente gli interessi per molti anni. Colla petizione 8 gennaio 1840 il creditore citò pel pagamento il debitore e il possessore Geminiano. Oppose quest'ultimo la prescrizione trentennale decorsa dal 1805 in poi, malgrado che il debito personale non fosse prescritto. Niegavala la prima istanza credendo che per la clausola *quandocumque* il debito non fosse esigibile prima del 1805; ma l'Appello pensò, come dovea, che all'esigibilità non fosse prefisso un tempo, e quindi che il possessore potesse incominciare la prescrizione dal tempo del suo acquisto, e che alla prescrizione trentennaria anche per le leggi italiche non si richiedesse altro che il decorso del tempo (3).

Il terzo possessore per le precedenti legislazioni, la romana e la francese, potea prescrivere anche in un termine minore, cioè in dieci anni tra i presenti, e in venti anni tra gli assenti, come dissimo di sopra (4); con di più che per l'articolo 2180 del Codice Napoleone questo termine dovea essere computato dal giorno della trascrizione del contratto d'acquisto praticato nell'ufficio ipotecario (5). Col codicillo 8 febbrajo 1775 un pio instituto divenne legatario di mille ducati, e per le leggi d'allora ebbe l'ipoteca legale (6), che inscrisse secondo le leggi posteriori nel 6 dicembre 1809, e specializzò il 20 novembre 1827 sopra due fondi. L'erede non pagò, nè capitale, nè interessi, e vendette a un tale nel 1814 l'un fondo, nel 1818 l'altro. Il compratore fece trascrivere i due acquisti negli anni dei rispettivi contratti, e nella petizione ipotecaria 26 luglio 1833 oppose la prescrizione decennale per ambedue i fondi. Fu accolta in prima istanza colla sentenza 29 gennajo 1838, n. 30140; ma l'Appello veneto con sentenza del successivo 25 ottobre, num. 42309, limitolla al fondo acquistato nel 1814: niegolla per l'acquisto e la relativa trascrizione operata nel 1818, perchè per l'allora vigente Codice au-

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 878, bis. Mattei, al Cod. civ. aust. § 471, append. 1, art. 2180, num. 7.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 887. *de la prescription.* num, 791 et suiv. Delvincourt, *droit civ* tom. 8. pag. 210.

(3) Giorn. di giurisprud. pratica di Venezia, anno 2. 1847, num. 24.

(4) Vedi sopra, num. 3.

(5) Vedi sopra, num. 4.

(6) Vedi nel § VIII, num. 6.

striaco non potea decorrere in suo pro che la prescrizione trentennale: inapplicabile essendo allora l' art. 2180 del Cod. civ. italico, il quale solo potrebbe invocarsi per un acquisto anteriore al vigente Codice civile. Contuttociò il Senato lombardo-veneto colla decisione 4 giugno 1839 n. 904 confermò il giudizio proferito in prima istanza: ma non conoscendone i motivi, ci è lecito conghietturare che la suprema magistratura avrà considerato che il debito personale era a quell' ora prescritto per un periodo molto più lungo del trentennio, non interrotto nè pel pagamento degli interessi, nè per altre cause conosciute. Il convenuto veramente non oppose quella prescrizione speciale (1), e il giudice pel § 1501 del Codice civile non sembrerebbe che vi potesse aver riguardo d' ufficio; ma è però vero che un' eccezione di prescrizione egli v'oppose: la prescrizione dell' azione ipotecaria; dunque volle difendersi con quel mezzo, e se non disse precisamente che il debito personale per sè stesso era prescritto, lo volle implicitamente coll' opporsi all'efficacia ipotecaria del medesimo.

Nei numeri 2 e 3 del § LVII vedemmo come per le leggi romane sempre, e in qualche caso per la nostra, il possessore potesse opporre all' azione ipotecaria l' eccezione della previa escussione o interpellazione del debitore. In proposito disputarono gli antichi se la prescrizione opposta dal terzo possessore possa computarsi dal giorno del suo acquisto, piuttosto che dal tempo in cui avesse inutilmente il creditore esercitata la previa escussione verso il debitore personale. Se fosse attendibile questa seconda supposizione, ognun vede come, potendo il creditore convenire il debitore in limine alla prescrizione del credito, potrebbe eziandio dopo esaurito il periodo di questa, e trovato insolvibile colui, dopo molti anni rivolgersi contro il possessore, pretendendo che la sua azione reale non fosse prescritta in di lui riguardo che nel periodo decorso dall' escussione del debitore. Ma fin dai tempi di Baldo (2) erasi risposto in contrario che, siccome il creditore poteva agire contro il debitore, ed indi contro il possessore prima che scadesse la prescrizione del credito, non poteva pretendere sospeso il cominciamento della prescrizione per l' azione reale: *quod non censetur impeditus ille, qui de facili removere potest impedimentum* (3). Ben è vero che il creditore non poteva chiamare in giudizio il possessore prima di convenire o prima di escutere il debitore; ma dipendeva pure da lui di esaurire in tempo utile queste pratiche preliminari (4).

11. L' azione ipotecaria si prescrive col solo lasso del trentennio,

(1) Giorn. di giurisprud. pratica di Venezia, an. 2, 1847, num. 26.

(2) Baldo in leg. *sed etsi per prætorem*, 26, § 1, vers. *sed nec cos* Dig *ex quib. causis major XXV ann.*

(3) Neguzant. *de pignor.* par. 6, mem. 2, num. 3.

(4) M. Merlin, *de pignor.*, lib. 5, lit. 1, quæ. 22, num. 1, et seqq. contro l' opinione di Alexand. cons. 57, num. 8, lib. 5.

quando in questo tempo potevasi esercitare, e non fu interrotta o sospesa contro il debitore o il possessore nel tempo che il fondo ipotecato apparteneva all'uno o all'altro.

Quindi non potrebbe, come dissimo, computare la prescrizione dell'ipoteca da quella del credito personale, e anteriormente al suo acquisto, se prima d'allora la prescrizione era stata in sospeso od interrotta in confronto del debitore, per esempio col continuato pagamento degli interessi, o colla intimazione giudiziale della domanda pel pagamento (1).

Quindi il possessore, che acquistò nel 1826, non potrebbe nel 1856 prescrivere il debito inscritto colla scadenza dell'anno 1827.

Ma supponiamo che quel debito fosse stato inscritto colla scadenza del 1824, e il debitore prima di vendere il fondo ipotecato ne avesse con atto autentico prorogata lo scadenza per altri 4 anni, cioè nel 1828. Il possessore direbbe che per aver veduto nell'inscrizione che il debito era divenuto esigibile al momento del suo acquisto, e non avendo conosciuto d'altronde il fatto della proroga non dovesse essere pregiudicato dal fatto occulto dei terzi. Ma risponderebbe efficacemente il creditore dicendo, che la prescrizione non suppone punto nè poco la buona fede di esso possessore, e che in ogni caso anche per la legge francese, la quale secondo qualche suo comentatore richiederebbe quell'elemento subbiettivo, nessuna prescrizione per l'articolo 2257 del Codice Napoleone può incominciare contro colui, che non potè agire in giudizio, sia perchè il credito fosse condizionato, sia perchè non fosse ancora scaduto. Il creditore interruppe la prescrizione ipotecaria pattuendo la proroga della scadenza prima che il fondo fosse stato venduto all'attuale possessore. Dopo l'acquisto di costui, e prima della seconda scadenza non potè agire ipotecariamente; non potè adunque cominciare prima della seconda scadenza la opposta prescrizione. Dovea ella incominciare dopo d'allora: ma quest'oggi non è ancora compiuta. Noi quindi rifiuteremo l'opinione di Mattei, che pregiudicato dal confondere la prescrizione coll'usucapione (1), dice che questa prescrizione computabile dall'acquisto del possessore non può essere sospesa dalla condizione o inesigibilità annessa al debito ipotecato; ed all'obbiezione che, *agere non valenti non currit præscriptio*, risponde che dovrà il creditore interrompere la prescrizione contro il possessore con una speciale domanda, detta appunto azione d'interruzione (3). Ma con questo suggerimento ei vuol sostituire un rimedio dubbio, anzi inamissibile, dove per la legge vigente, anzi per lo stesso art. 2257 del Cod. Napoleone può benissimo star tranquillo il cre-

(1) Giudicato che un deliberatario non può opporre la prescrizione del credito ipotecato sul fondo deliberato, ma non ancora aggiudicatogli, per ciò solo che non divenne ancora proprietario: sentenza 6 novembre 1852 num. 12601 dell'Appello lombardo, Gazzetta dei trib. di Milano, an. 3. 1853, num. 10.

(2) Come viddimo nel superiore num. 4

(3) Mattei, al § 471. Cod. civ. aust. append. 1, art. 2180. num. 9. Così pure Grenier. *hyp.* num 518 Troplong, *des priv. et hyp.* num. 886.

ditore; perchè di diritto la prescrizione non si computa, se non dal giorno in cui l'azione da prescriversi poteva essere esercitata.

La prescrizione dell'azione ipotecaria non può essere interrotta o sospesa in confronto del debitore, a danno del terzo possessore, cioè dopo che questi ottenne la proprietà del fondo ipotecato; poichè, secondo il § 1497 del Codice civile austriaco, la prescrizione s'interrompe soltanto se, prima che scade il tempo del suo compimento, *quegli che intende giovarsene* ha riconosciuto espressamente o tacitamente il diritto altrui, o se da quello cui compete il diritto viene citato in giudizio, e l'azione è regolarmente proseguita. Deve dunque la prescrizione dell'azione ipotecaria essere interrotta in confronto del terzo possessore, che è quegli appunto che intende giovarsene. Non varranno dunque le pratiche dell'interruzione, posteriori all'alienazione del fondo ipotecato, se non seguirono in confronto del possessore.

Col che diciamo che questa prescrizione può essere interrotta o sospesa o prolungata in suo confronto, con quei fatti, o con quei generi di rapporti che abbiamo esaminati parlando della prescrizione opponibile dal debitore: cioè se il creditore fosse il fisco od alcuna persona morale qualche interdetto, ovvero un minore tutelato da esso possessore, o in suo riguardo fosse conjuge, o discendente od ascendente; ovvero anche fosse assente per causa di servigi civili o militari, o l'amministrazione della giustizia fosse totalmente sospesa, come dissimo nel num. 9 di questo §. Può anche essere stato interrotto il corso della prescrizione, secondo che dissimo nel successivo num. 10, se chi vuole opporla; e quindi se il possessore avesse riconosciuto espressamente o tacitamente il diritto del creditore, o se fosse stato da essolui citato in giudizio.

15. La prescrizione del credito ipotecato può giovare eziandio ai creditori che avessero un'ipoteca posteriore sul medesimo fondo, o fossero in genere interessati a rimuoverlo perchè non concorra a proprio danno. A questo fine l'art. 2225 del Codice Napoleone (1) prescrive: « I creditori, o qualunque altra persona interessata a far valere la prescrizione, possono opporla, non ostante che il debitore o il proprietario vi rinunci ». Questa disposizione vale ella nel Diritto austriaco? ossia, possiamo noi conchiudere nel modo stesso come se ella fosse legge per noi?

La legge nostra non ha parola in proposito. Però abbiamo veduto nel § LXXI, ossia col § 8 della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820, che i creditori concorrenti nel giudizio d'ordine possono dare a protocollo la loro dichiarazione in ordine alla liquidità *e sussistenza* dei crediti insinuati; e che riguardo alla quistione, se competa o no al creditore il diritto reale e la classe addomandata, dovendosi rispetto all'una e at-

(1) Imitato negli art. 2151 del Cod. civ. siciliano; art. 2358, Cod. civ. parmense; art. 2360, Cod. albertino: art. 2267, Cod. estense: art. 1188, Cod. ticinese; art. 172. motupr. ipotecario toscano.

l' altra proferire formale giudizio di graduazione, potranno essi addurre *tutte le eccezioni* che a tal uopo reputassero necessarie. Così pure abbiamo veduto nel § LXXIV, come nel giudizio concursuale il curatore alle liti sia autorizzato dai §§ 90-106 del Regolamento giudiziario ad opporre a ciascuna insinuazione de' creditori tutte le eccezioni possibili. Possono dunque i creditori direttamente nel giudizio d'ordine, indirettamente per mezzo del curatore nel processo edittale, opporre all' un creditore ipotecario, tra tutte le eccezioni possibili contro la sussistenza del credito, anche quella della prescrizione, colla quale appunto si contrasta l'esistenza legale di un diritto qualsiasi.

Ma questa prescrizione deve essere opposta dai creditori non altrimenti che se fosse allegata dal debitore o dal possessore espropriato, o almeno in di loro rappresentanza: di maniera che se prima della vendita esecutiva, o prima dell' apertura del concorso la prescrizione non avesse avuto compimento in confronto del debitore pel credito, e in confronto del possessore per l' ipoteca, perchè o sospesa o interrotta, non potrebbero i creditori non rispettare queste emergenze. Ma se a quell'epoca era compiuta, i creditori se ne sono immediatamente avvantaggiati; perchè da quel momento l'oberato o l'espropriato non possono più far cosa che nuoccia al loro interesse; essi si trovano investiti della loro rappresentanza, se ne fanno difensori contro le soverchie pretensioni altrui, opponendo tutte le eccezioni che credono migliori, e con esse impediscono che l' interdetto o l'espropriato nuoccia per malizia al loro proprio interesse.

§ LXXXI.

L'ipoteca si estingue se perisce lo stabile ipotecato, o se cessa il diritto temporaneo che avea sul medesimo colui che la costituì (§ XIV), ovvero se essa non è collocata utilmente sul prezzo ritratto dal fondo venduto in via esecutiva ed in quanto non è collocabile su questo o sul prezzo di altri fondi, sui quali per avventura si estendesse.

Arg. dai §§ 467 e 468 del Codice civile austriaco, e dall' art. 2180 del Codice Napoleone.

SOMMARIO

1. L'ipoteca perisce colla perdita della proprietà, considerata come diritto. Remissive ai §§ XIV, XLVI e LVII.
2. L'ipoteca perisce colla perdita materiale del fondo. Come si deve prov-

vedere all' interesse dei creditori ipotecari nel caso che fossero compensati i danni d' un incendio da una società d' assicurazione.
3. Provvedimento salutare arrecato dalla sovrana Risoluzione 29 maggio 1828.
4. L' ipoteca s' estingue quando non è collocata utilmente sul prezzo del fondo venduto esecutivamente.

1. L' ipoteca pure si discioglie col mancarle la proprietà sulla quale risiede. La proprietà può mancare nell' uno o nell' altro de'suoi termini, l' economico e il giuridico: ossia il fondo considerato in sè come cosa materiale, e la proprietà di esso come diritto.

Della risoluzione del dominio, in quanto arrechi la risoluzione dell' ipoteca, abbiamo detto abbastanza nella trattazione del § XIV, ove vedemmo come potesse costituirsi ed essere operativa un' ipoteca sopra una proprietà di mera apparenza o temporanea.

Nei §§ XLVI e LVII abbiamo pur veduto in quali casi l' ipoteca seguisse la proprietà nel suo passaggio ad altre persone, e in quali casi non la seguisse. Non abbiamo altro ad aggiungere in proposito.

2. La proprietà e l'ipoteca non possono esistere, se non ci ha o viene a cessare l' oggetto economico, ossia lo stabile ipotecato (1); il quale può scomparire sotto una perpetua alluvione, o la frana d' un monte, o, se edifizio, perire per incendio.

Per ovviare al danno di quest' ultimo accidente i diligenti creditori richieggono dal debitore che assicuri la casa ipotecata, onde al verificarsi del disastro fosse pronto il rimedio (2). Ma quale rimedio? L'assicuratore paga all'assicurato la somma dell'indennizzo. Il creditore che sopragiunge come potrebbe ripetere dall' assicuratore ciò che ha pagato, dall'assicurato ciò che ha distratto ad altri usi? E se giungesse in tempo, pur gli altri creditori sopraverrebbero ad arrestare quella somma, la quale come materia di sequestro, e come cosa mobile verrebbe divisa fra tutti in proporzione dei crediti, senza riguardo alla prelazione ipotecaria; perchè l' ipoteca perì coll' incendio dell' edifizio (3): e non può risorgere su di una somma che è cosa mobile, che rappresenta bensì il valore dell' edifizio perito, ma nella specie sua è tutt' affatto diversa, e non può conservare le traccie del diritto reale ipotecario, perchè non è suscettibile d' un' impronta esteriore che lo manifesti. Ben sono capaci d' ipoteca gli stabili, perchè la condizione giuridica della proprietà fondiaria è sottomessa alle risultanze dei libri pubblici: le cose mobili sono suscettive di pegno se ed in quanto sono trasmesse in potere del creditore, o da lui contrassegnate a tal fine. Ma il danaro dovuto da un terzo, non conseguato o non assegnato ad un creditore, non

(1) Winiwarter, Dir. civ. tom. 2, § 154 ai §§ 467 e 468 Cod. civ. aust.
(2) Basevi, *Annot.* al § 467 Cod. civ. aust.
(3) Winiwarter, loco citato. Ellinger, al § 467, Cod. civ. aust.

può dirsi vincolato in tal guisa. Sopragiungono i creditori. Il più diligente può ottenerne o un pegno convenzionale, o una cessione, od un pegno giudiziale; ma il più diligente non può essere sempre il creditore anziano; chi fa muovere i creditori al pericolo non è l'ipoteca, ma il pericolo: ed è più vigile l'ultimo creditore che non s'acquietò mai per essere l'ultimo tra gli inscritti. E non solo può ottenere l'assegno pel primo l'ultimo creditore ipotecario, ma fin'anco l'ultimo tra i bigliettarj: perchè, il prezzo dell'assicurazione essendo liberamente devoluto al debitore, può qualunque de' suoi creditori apprenderlo per la propria garanzia o in pagamento.

La posizione dei creditori ipotecarii sarebbe oltremodo pericolosa se la legge non vi provvedesse. Ma prima di vedere e per apprezzare meglio le sue disposizioni, mi sia lecito di prendere ad imprestito dalla bella opera del signor Luigi Chiesi, *il sistema ipotecario illustrato*, uno spicchio dell'esposizione che egli fa della giurisprudenza moderna in questo argomento: «. . . Alcuni giureconsulti hanno opinato che l'indennità dovuta dall'assicuratore di un immobile distrutto da un incendio debba essere attribuita ai creditori aventi privilegi o ipoteche sopra l'immobile che fu preda dell'incendio. Tra i sostenitori di questa opinione è Boudousquiè nel suo trattato *sull'assicurazione*. Ma il Troplong (1), e Quenaut (2) insegnano al contrario, che l'indennità dovuta dall'assicuratore non rappresenta il prezzo dell'immobile, ed è semplicemente una somma dovuta all'assicurato in virtù di un contratto aleatorio, che deve essere distribuita per contributo tra tutti i creditori. Decourdemanche in una sua dissertazione, *du danger de prêter sur hypothèques*, inserita nell'opera del Persil, *questions sur les privilèges*, opinava che nel caso d'incendio di una casa assicurata, i creditori ipotecarii non hanno alcun diritto di preferenza sull'indennità dovuta dall'assicuratore, se pure non ebbero la precauzione di farsi cedere il credito dell'indennità prevedendo il caso dell'incendio; ma dopo la pubblicazione del trattato di Boudousquiè, da cui argomenti fu scosso, confessò apertamente di ricredersi della sua prima opinione. Ma non ostante che Decourdemanche si mostri convinto dalle ragioni addotte da Boudousquiè, di cui accettò l'opinione, non cessa però di consigliare tutti quelli, che fanno somministrazioni sotto la garanzia di immobili ipotecati, a farsi cedere eventualmente l'ammontare dell'indennità sino alla concorrenza della somma prestata, e a far notificare la cessione alla compagnia assicuratrice; e conclude col dire, essere necessaria una disposizione legislativa per far cessare lo stato d'incertezza sopra un punto di sì grande importanza (3) ». E diffatti nel progetto della legge ipotecaria elaborata nell'Assemblea francese degli anni 1849-50 sopra relazione di Valimesnil, l'art. 2095 arrecava la se-

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 890

(2) Quenaul, *de l'assurance terrestre*.

(3) Chiesi, *sistema ipot.* num. 17, vol. 1, pag. 17.

guente disposizione: allorquando un immobile, o il ricolto, o la mobiglia fosse stata assicurata contro l'Incendio od altro infortunio, la somma che fosse dovuta per simili casi dall'assicuratore all'assicurato, sarà destinata al pagamento dei creditori privilegiati od ipotecarii, secondo il rispettivo loro grado ». Questa decisione fu pure adottata nell'art. 2115 del nuovo Codice civile estense, in questi termini: « il compenso d'assicurazione per caso d'incendio tiene luogo dell'edifizio assicurato, ogni qualvolta non sia impiegato nella ricostruzione o ristaurazione dell'edifizio ».

Ma lo stesso Chiesi s'avvidde che con queste misure legislative non si rispettavano i principii di diritto. « A me è avviso, egli dice, che sia questa una difficilissima quistione di giurisprudenza, e che i principii rigorosi del Diritto favoriscano meglio l'opinione di Quenaut che non quella di Boudousquié . . . . Ma quando si tratta di sostituire alla cosa distrutta un credito di quantità competente al debitore contro la compagnia d'assicurazione, non so con qual fondamento di Diritto si possa sostenere che l'ipoteca, che riposava sull'edifizio distrutto dal fuoco, debba *ipso jure* trasportarsi su questo credito dipendente da un contratto aleatorio, e divenuto esigibile per la verificata condizione dell'incendio. Il credito non è la cosa, e ciò provano infinite leggi (1) ».

3. Il Legislatore austriaco ha rispettato questi principii fondamentali, e insieme ha provveduto all'interesse dei creditori; poichè colla sovrana Risoluzione 29 maggio 1828 ebbe a prescrivere: « che le somme di compenso per danni cagionati dagli incendj, le quali siano da pagarsi dalle società d'assicurazione ai proprietarj d'edifizii assicurati, non potranno essere tolte alla loro destinazione, cioè al ristabilimento degli edificj incendiati, nè per effetto di cessione, nè in forza di decreto giudiziario o di un atto esecutivo . . . Ed affinchè tali somme vengano effettivamente impiegate nel ristabilimento degli edifizii danneggiati dagli incendj, e siano garantiti ad un tempo i diritti dei creditori ipotecarj, dovranno le società d'assicurazione esistenti nelle provincie lombarde (e venete), e quelle che d'ora innanzi fossero per crearsi, inserire nei loro statuti la presente sovrana Risoluzione, ed assicurarsi dell'impiego delle somme suddette all'uopo accennato, nei modi che verranno a tale intento stabiliti dal Governo (2) ».

Codesta legge non riconobbe no, come credette Mattei (3), che l'ipoteca fosse conservata sulla somma di compenso dovuta dalle società d'assicurazione; ma disse con parole evidentissime che la predetta somma deve essere adoperata a ricostruire l'edifizio incendiato, sul quale tor-

(1) Chiesi, loc. cit. pag. 18 e 19.

(2) Notificazione 20 agosto 1828 del Governo di Lombardia; alla quale corrisponde la Notificazione di pari data del Governo di Venezia.

(3) Mattei, al § 467, n. 1, Cod. civ. aust.

nerebbero utili le precedenti ipoteche, le quali per l'incendio s'erano ridotte all'insufficiente valore del suolo (1). Ecco adunque salva la teorica e l'interesse del credito fondiario con questa prudente limitazione dei contratti d'assicurazione: per la quale si vuole colla massima larghezza di vedute e assicurare la proprietà nell'aspetto economico colla riedificazione, e rispettare nell'aspetto giuridico i diritti acquistati dai terzi sul dominio del possessore.

4. All'ipoteca può mancare la materia quando il valore del fondo non potesse bastare o non potesse essere destinato al di lei soddisfacimento: come avverrebbe quando essa non fosse collocata utilmente nella graduatoria del giudizio d'ordine aperto sopra la vendita parziale esecutiva del fondo, o nella classificazione generale del concorso (2). A queste emergenze puossi ridurre l'efficacia imperativa dell'art. 2180 del Codice Napoleone, ove dice che l'ipoteca si estingue « coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per rendere liberi i beni da essi acquistati ». Il che vuol intendersi in questo senso, che colui il quale ha comperato un fondo all'asta giudiziale esecutiva (§ LXI), o quel creditore che ne ottenne l'assegno giudiziale (§ LXII), può costringere i creditori alla cancellazione di quelle ipoteche, che non fossero state collocate utilmente nella graduatoria o nella classificazione, quand'egli avesse dal canto suo adempiuto alle condizioni assunte nell'asta o nella domanda d'assegno.

Avverte in proposito Basevi: « è per altro cosa degna d'osservazione che il compratore all'asta giudiziale non può appoggiare la relativa inchiesta nella sentenza di graduazione, nella quale non si ordina l'esclusione dei creditori non graduati, come era espressamente disposto nell'art. 750 del Codice di procedura italiano, limitandosi soltanto ad escludere i creditori non insinuati, giusta il § 126 del Regolamento giudiziale. Per evitare l'inconveniente derivante dal silenzio della legge, e per non avere ad intraprendere tante cause, quanti fossero i creditori insinuati e non graduati, *si è usato in pratica* di chiedere al giudice, avanti cui furono esauriti gli atti di subasta, di graduazione e di riparto del prezzo, che in esecuzione delle cose relativamente giudicate, ordini al competente ufficio della conservazione delle ipoteche di cancellare tutte le inscrizioni ancora sussistenti, tranne quelle dei creditori utilmente graduati, che devono essere cancellate ad istanza del compratore dietro l'eseguito pagamento. E ciò si è anche ottenuto, essendo questa una indispensabile conseguenza di tutta l'antecedente procedura di espropriazione e di purgazione (3) ».

(1) § XLVI, num. 8. Winiwarter, *Dir. civ.* tom. 2 § 154.

(2) Winiwarter, *Dir. civ.* tom. 2, § 156, sub § 470 Cod. civ. aust.

(3) Basevi, *Annotaz.* al § 469, num. 4, Cod. civ. aust.

§ LXXXII.

Se l'ipoteca fu concessa per un tempo limitato o sotto una condizione, e il tempo o la condizione scaddero; se il creditore rinuncia legalmente all'ipoteca, questa s'estingue, pur rimanendo il credito.

Arg. dai §§ 467, 468 e 666 del Codice civile austriaco, e dall' art. 2180 del Codice Napoleone.

SOMMARIO

1. L'ipoteca cessa dopo scaduto il tempo, od avvenuta la condizione, alla quale fu limitata in origine.
2. L'ipoteca cessa colla rinuncia espressa del creditore.
3. Della rinuncia tacita: può indursi o da atti che non si possono spiegare altrimenti che come rinuncia, o quando in caso contrario ci sarebbe un manifesto dolo. Esame di tre casi.
4. Esame di un quarto caso: se cioè il creditore avesse acconsentito alla vendita del fondo ipotecato.
5. Quinto caso: se il creditore non esercitò il suo diritto nel concorso o nel giudizio per distribuzione di prezzo.
6. La remissione dell'ipoteca non implica quella del debito personale.

1. L'ipoteca non può stare nemmeno senza un valido titolo: come dissimo in più luoghi del Capo secondo della Parte prima (1). Ma un titolo, ossia l'autorizzazione dell'ipoteca, può essere limitato o condizionalo; perchè si può concedere un'ipoteca duratura non oltre un periodo prefinito, o sottoposta all'evento d'una condizione risolutiva o sospensiva, come pur dissimo in principio del comento al § XIX dello stesso Capo. Se adunque venisse il tempo o si verificasse la condizione in cui fu limitata l'ipoteca, questa cesserebbe d'esistere. *Liberatur pignus*, insegnava Ulpiano, *sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est; sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus* (2). Il § 468 del Codice civile austriaco tradusse questa legge quasi letteralmente con dire: « Si estingue inoltre il diritto di pegno collo spirare del tempo a cui fu limitato ». Questo caso può verificarsi, secondo osserva Winiwarter, per lo più quando un terzo dà a pegno la propria cosa in luogo del debi-

(1) Specialmente nei §§ VII, XI e XII.

(2) Leg. 6, Dig. *quibus modis pignus solvitur*, Voet, *in pand. quib. mod. pign. solv.* num. 10. Balduin, *de pignor*, cap. 30, in med.

tore: caso frequente nell'offerta delle cauzioni. Ora, segue argomentando il professore, se chi deduce il proprio diritto dalla volontà del suo autore non può trasferire in altri un diritto maggiore di quello che esso autore ha voluto concedergli, è naturale che anche il pegno non dev'essere operativo se non pel tempo, pel quale venne costituito (1).

La disposizione del § 468 è pur contenuta in quella più generale del § 1449 dello stesso Codice civile, dove leggiamo: « I diritti e gli obblighi si estinguono del pari col decorso del tempo a cui furono limitati ».

La legge però in traendo questo corollario analittico, che cessa l'ipoteca dopo che scadde il tempo al quale fu limitata, non esclude l'altra simile conseguenza che viene spontanea dal fatto d'un'ipoteca concessa sotto una condizione risolutiva, il cui effetto appunto, come l'indica il suo nome, è di far risolvere il diritto condizionato.

2. Un titolo illimitato può essere dopo qualche tempo rinunciato dal creditore, per la ragione che chiunque, il quale può disporre liberamente delle cose sue, può ad esse, e quindi a' suoi diritti colla stessa libertà fare un'ampia rinuncia: come insegna il § 1444 del Codice civile austriaco, in base a quella massima antica: *omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renunciare* (2). È più particolarmente nella soggetta materia il § 467 dello stesso Codice importa in riguardo al pegno in genere che, se il creditore *rinuncia legalmente* al suo diritto sulla cosa impegnata, o se la restituisce al debitore senza alcuna riserva, il diritto di pegno si estingue bensì, ma sussiste quello di credito. Anche per l'articolo 2180, alinea 2, del Codice Napoleone è detto che l'ipoteca s'estingue colla rinunzia del creditore alla medesima (3).

È legale in genere una rinuncia fatta da un creditore che abbia la libera amministrazione delle cose sue, secondo il tenore del succitato § 1444 del Codice civile. Il qual principio è tanto universale, che fin presso gli antichi troviamo questo corollario: *major anni XXV pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum vel jurisdictio, secundum ipsius voluntatem, tueatur, persequi non potest* (4). Chi dopo divenuto maggiore avesse rinunciato al pegno non può rinvenire sul medesimo, perchè il giudice deve far rispettare il patto interposto col di lui libero volere. *Sed in his*, parole di Gajo, *pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si præsente tutore auctore consenserit, aut etiam ipse tutor* (5). Ma dell'incapacità personale de' pupilli e di altre simili persone abbiamo detto abbastanza nel § XII.

(1) Wioiwarter, *Dir. civile* tom. 2, § 184, num. 3.

(2) Leg. 29, Codice *de pactis*.

(3) Disposizione tradotta negli art. 2074 al. 2 del Cod. civ. siciliano; art. 2249 del Cod. civ. parmense; art. 1186 del Cod. civ. ticinese; art. 2300 del Cod. albertino; art. 2231 del Cod. estense. Tutti però questi Codici, ad eccezione del siciliano, richieggono una rinuncia espressa.

(4) Leg. 23, Cod. *de pignorib. et hyp.*

(5) Leg. 7, Dig. *quib mod. pign. solvitur.*

Lo stesso Gajo ci dà quest'utile insegnamento per le rinuncie fatte da un procuratore del creditore, e per quelle fatte al procuratore del debitore, in quanto che dice del primo: non poter consentire alla remissione dell'ipoteca, *nisi specialiter hoc ei mandatum est. Sed si cum debitoris procuratore convenit*, NE SIT RES OBLIGATA, *dicendum est id debitori per doli exceptionem prodesse* (1). Questa distinzione è pur buona rispondendo per la legge austriaca: perocchè pel § 1444 per la validità della rinuncia è necessaria la capacità di alienare un diritto: e per il § 1008 per rinunziare gratuitamente a qualche diritto si richiede un particolare mandato. Ma per accettare una rinuncia gratuita o qualunque altro beneficio non si richiede alcuna speciale autorizzazione. Lo stesso si dice delle rinuncie fatte in pro o alla persona de' minorenni, secondo dispone il § 865 del vigente Codice civile (2). Winiwarter aggiunge che il creditore non può rinunciare all'ipoteca in pregiudizio di chi vi ottenne un subingresso o un suppegno (3).

L'ipoteca può essere condonata non solo per patto o contratto, ma eziandio per legato; nel qual caso troviamo prescritto nel § 666 dello stesso Codice civile: « Se col legato si rimette il diritto di pegno o la sicurtà, non ne segue perciò che sia stato rimesso anche il debito (4) ».

Questo è l'effetto generale di qualunque remissione di pegno, che è pur riconosciuto nel § 467 superiormente citato, che anche in questo riguardo consacrò l'antica giurisprudenza: *postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est: nisi specialiter contrarium actum esse probetur* (5).

3. La remissione dell'ipoteca secondo la giurisprudenza antica poteva essere tacita, ossia presunta da fatti od ommissioni del creditore.

I Codici civili francese ed austriaco non ci dicono espressamente che valga la tacita remissione, ma in alcune particolari disposizioni apertamente presuppongono questo postulato. Perciocchè, per citare qualche esempio, il Codice civile austriaco nel § 467 dice che s'estingue il pegno col restituire la cosa impegnata, e il Codice Napoleone ripete questa disposizione medesima nell'art. 1286. Ma d'altra parte la remissione dell'ipoteca vuol essere espressa secondo la più parte dei Codici civili italiani: vale a dire l'art. 2249 del Codice civile parmense, imitato in questo nell'art. 1186 del Codice del Canton Ticino, nell'art. 2300 del Codice albertino, e nell'art. 2231 del Codice civile estense. È adunque malagevole per queste discordi testimonianze legislative di professare una conclusione generale e sicura. Meglio sarà che proponiamo qualche caso spe-

(1) D. leg. 7, § 1 e 2.

(2) Institut. *de inutilib. stipulation.* 3. 20, § *pupillus*. 9.

(3) Winiwarter, *Dir. civ.* tom. 2, § 154, num. 2.

(4) Leg. 1, § 1. Dig. *de liberat. legata.*

(5) Modestino in leg. 3. Dig. *de pactis.* così Ulpiano nella sudd. leg. 1, § 1. Dig. *de liberat. legata*, art. 1286 del Codice Napoleone.

ciale da esaminare coi principii generali del Diritto: tra i quali primeggia quello che ci è dato nel § 863 del nostro Codice civile, per il quale « la volontà (in genere, è quindi quella del rinunciante) si può dichiarare, non solo espressamente con parole e con segni universalmente riconosciuti, ma tacitamente ancora con atti tali che, ponderate tutte le circostanze, non lasciano alcun ragionevole motivo di dubitarne ».

Il segno più ovvio di rinuncia sarebbe l'assentimento del creditore alla cancellazione dell'ipoteca, senza riservarsi la facoltà di prendere una nuova inscrizione. Colla cancellazione l'ipoteca s'estingue, come vedremo ancora nei §§ seguenti; coll'acconsentire alla cancellazione il creditore acconsente a quell'immediato effetto: quel suo assentimento è perfettamente contrario all'atto consensuale, pel quale accettò il titolo ipotecario: questo rimane adunque estinto per le massime pur volgari: *nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur* (1); *omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (2).

Una seconda specie di remissione implicita apparirebbe nel caso che il creditore fosse intervenuto come parte, od anche come notajo, in un contratto nel quale, il debitore vendendo od ipotecando in favore di un terzo il fondo obbligato ad esso creditore lo avesse dichiarato franco e libero da ipoteche (3). Tuttavia se il creditore, avesse semplicemente avuto notizia del contratto di vendita, e avesse taciuto quando poteva o impedirla, od avvertire il compratore del proprio diritto, non si potrebbe presumere d'avervi rinunciato; perchè l'alienazione del fondo può essere possibile pur rimanendovi l'ipoteca; *quod sciebat ubique pignus sibi durare:* come osservò Marciano (4). E s'egli fosse pur intervenuto nel contratto come parte, e il debitore non avesse fatto quella dichiarazione, l'ipoteca rimarrebbe per la medesima ragione, che il compratore non fu ingannato da alcuno, e poteva conoscere le ipoteche esistenti sul fondo, quando avesse fatte le dovute diligenze presso gli ufficii ipotecarii.

Questa è l'opinione di Maleville (5) e di Nippel (6), e sembra affatto ragionevole. Per la qual cosa rifiuteremo l'opinione contraria di Grenier che s'argomenta con dire che il creditore si rende garante dell'effetto della sua ipoteca verso il compratore (7); perciocchè qui ci ha una manifesta petizione di principio: consistendo appunto il dubbio nel trovare se il creditore non possa conservare la sua ipoteca.

E diffatti poniamo ch'egli sia intervenuto come procuratore del ven-

(1) Leg. 35, Dig, *de div. reg. juris*.

(2) Leg. 100. Dig. eod. tit.

(3) Leg. 9, § 1. Dig. *quib. mod. pign. solv.* Neguzant. *de pignor.* par. 6, mem. 3, n. 18. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 871, Pare annuente Foramiti, *Encicloped.* leg. v. *Ipoteca*, vers. *rinuncia*. pag. 178, Carozzi, *giurisprudenza* vol. 10, *pegno*, cap. 4. n. 11 e 12.

(4) In leg. 8, § 15. Dig. *quibus mod. pign. solvitur*, Grenier, *hyp.* num. 506 e 507.

(5) Maleville, *analyse du Cod. Napol.* sub. art. 2180.

(6) Nippel, *comento* al § 467, n. 2. Cod. civ. ausl.

(7) Grenier, *hypoth.* num 508.

ditore, o come socio o coerede del medesimo quando si trattasse di vendere il fondo indiviso. Se vendè come procuratore non è tenuto al contratto, come di cosa propria, ma sempre in nome e per la persona del mandante. Se vendè come socio o coerede, vendette in proprio una sola porzione del fondo, non tutto; quindi non è risponsabile della vendita per riguardo alla parte venduta che non gli spettava. Si è egli obbligato in solido per l'eventuale evizione? ma allora non ci ha quistione di rinuncia, ma dell'eccezione dell'evizione, che gli sarebbe opposta dal compratore quando egli esperisse l'ipoteca in suo confronto.

Che diremo se il creditore fosse intervenuto come testimonio, e in tale qualità avesse sottoscritto il contratto di vendita, dove il venditore asseriva libero il fondo venduto da qualunque ipoteca? Neguzanzio rispose che non si dovesse presumere rinunciante (1); ma a Grenier sembrò più vero che il creditore era obbligato a manifestare la propria ipoteca, e se tacque, s'intendesse averla rinunciata (2).

Ma gli è pur vero che ordinariamente i testimonii non sanno precisamente o non capiscono il contenuto delle scritture notarili, e per lo più non s'invitano che per constatare le firme dei contraenti.

Ed in ogni caso mi sembra che il consenso deve essere espresso per attestare una volizione od un fatto, dal quale si possa *necessariamente* arguire l'intenzione per la rinuncia dell'ipoteca (3); tutti gli altri fatti od ommissioni non concludono, se non come indizii più o meno sfuggevoli di dolo: il quale non deve essere di leggieri presunto. Quindi inferiamo che il silenzio del creditore, testimonio al contratto ove si asseriva la libertà del fondo, non si può di subito qualificare, come vuole Grenier, per fraudolento. *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit* (4). E solo quando lo si potesse bastantemente conghietturare, non cercheressimo altro per la condanna del creditore (5). Del resto anche lo stesso Grenier si mostra propenso a maggiore indulgenza, ove colle parole di Domat conchiude, che si debba giudicare dell'effetto di questa approvazione mediante la firma del testimonio, secondo le circostanze, la qualità dell'atto cui si appone, le persone che l'appongono, la loro buona o mala fede, od altre cause simili (6).

Un terzo caso di rinuncia è quello di cui facemmo menzione nel n. 2 del § LII, quando cioè il creditore interpellato dal debitore gli avesse concesso di ipotecare lo stesso fondo ad un altro creditore, e constasse che questa permissione fosse fatta in beneficio di esso debitore, piuttosto che limitata a favore dell'altro creditore, e quindi produttiva soltanto dell'effetto della postergazione.

(7) Neguzant, *de pign.* par. 6, mom. 3. n. 18.

(1) Grenier, loc. citato.

(2) Carozzi, *giurisprud.* vol. 10, *pegno*, cap. 4, n. 11, Troplong, *des priv et hyp.* num. 868,

(4) Leg. 6, Cod. *de dolo malo.*

(5) Voluta senz' altro da Modestino nella leg. 9, § 1, Dig. *quib. mod. pign. solv.* o da Paolo nella leg. 8, § 15, Dig. eod. tit.

(6) Grenier, loc. citato. Troplong, *des priv. et hyp.* nom 869.

4. Un quarto caso di rinuncia ci sarebbe esibito quando il creditore avesse prestato l'assenso al debitore o possessore di alienare il fondo, non riservandosi espressamente la propria ipoteca sul medesimo. E la ragione è questa, che la causa motiva e finale di questo assentimento non può essere altra che quella di rinunciare a quel diritto ipotecario, per cui il compratore potrebbe essere molestato dappoi. In niun altro modo potrebbesi spiegare quella permissione, perchè l'alienazione per sè era pur possibile senza di essa (1). *Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consenserit, vel venditioni vel cœteris* (2). Ma la regola generale, pur espressa in quest'aforismo: *creditor, qui permittit rem vœnire, pignus dimittit* (3), vuol essere prudentemente adoperata. Imperocchè la permissione dev'essere espressa e non presunta: perchè allora la rinuncia sarebbe congghietturata da una conghiettura, piuttosto che da un fatto. La rinuncia tacita, e la tacita volontà suppone un fatto indubbio, dal quale si possa dedurre l'intenzione: *nam tacitum semper ab expresso colligitur*, disse Gallerato (4). Non basterebbe quindi che il creditore avesse cognizione della vendita, o intervenisse al contratto come semplice testimonio, come dissimo di sopra; ma si richiede una permissione espressa: sciente non solo, ma consenziente dev'essere: secondo che rescrissero Severo e Antonino: *si probaveris te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam,* SCIENTE ET CONSENTIENTE *ea, quæ sibi eum a venditore obligatum dicit: exceptionem eam removebis. Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur* (5). E come meglio appare da questo frammento di Marciano: *non videtur autem consensisse creditor,* SI SCIENTE EO *debitor rem vendiderit; quum ideo passus est vœnire, quod sciebat ubique pignus sibi durare* (6).

Però nemmeno il consenso espresso al vendere basterebbe a rilevare l'intenzione della rinuncia, se dalle circostanze apparisse alcun'altra causa probabile e sufficiente a determinare quella permissione: come se, per esempio, il creditore avesse qualche altro diritto sul fondo da vendere, di società, di dote, usufrutto, prelazione, enfiteusi e simili. *Aut deni-*

(1) Merlin, *Repert.* v. *hyp.* sect. 1, § 13, num. 5. Grenier, *hypoth.* num. 505. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 869. Carozzi, *giurisprud.* vol. 10, *pegno*, cap. 4, n. 10, Foramiti, *Enciclop. legale*, V. *ipoteca*, vers. *rinuncia*, pag. 178. Basevi, *annotaz.* al § 469, num. 5, Cod. civ. austriaco.

(2) Ulpiano in leg. 4, § 1. Dig. *quibus mod. pign. solvitur.* Vedi in fine del num. 13, § XIII, un corollario di questa teorica.

(3) Leg. 158. Dig. *de reg. juris.*

(4) Gallerat, *de renunt.* vol 1, lib. 5, cap 1, n 4

(5) Leg. 2, Codice *de remission pignor.* Circa la necessità di questo consenso diretto vedansi la legge 4. Cod. eod. tit. e le leggi 4, § 1, leg. 7, leg. 8. § 6, 11, 13 e 15, leg. 9, 10, 11 e 12. Dig. *quibus mod. pign. solvit.*

(6) Leg. 8, § 15, Dig. eod. tit. Donneau, *de pignor.* cap. 14. Neguzzani, *de pignor,* par. 6, mem. 3, num. 25. Merc. Merlin., *de pign.* lib. 4. tit. 3, quæ. 109, n. 51. Zoesio, *in pand. quib. mod. pign. solv.* num. 9. Voet, ibid, num 6. Merlin (francese), *Repert.* V *hypot.* sect. 1, § 13, num 13

que, diremo ancora con Gallerato, *alia conjectura quam renuntiationis capi potest, et non præsumitur renuntiatio: siquidem remissionis præsumptio numquam capi debet, ubi alia causa excogitari possit.... Quin ad escludendam renuntiationis conjecturam sufficit quælibet* LEVIS CAUSA, *seu occasio* (1).

Questa permissione espressa per indurre la tacita rinuncia, e l'effettiva perdita dell'ipoteca, deve essere puntualmente osservata in modo che la rinuncia operi, se il fondo fu veramente alienato per quel contratto che fu permesso dal creditore; ma non varrebbe se invece di venderlo per un prezzo, si fosse venduto a meno, o regalato; ovvero se il fondo fosse rimasto al debitore, o il contratto acconsentito fosse riescito nullo o inefficace. Da molte leggi romane (2) dedusse queste limitazioni la giurisprudenza intermedia, come si può vedere specialmente presso Neguzanzio (3). Ma fu anche soggiunto che, se il fondo ritornasse al debitore per una nuova causa, non tornerebbe a rivivere l'ipoteca rinunciata (4).

5. Un quinto e più notevole caso di rinuncia si potrebbe dire quello d'un creditore, il quale, conoscendo dell'apertura del concorso del suo debitore o del possessore, non si fosse insinuato nel termine prefinito dall'editto; o nel caso d'un'espropriazione singolare esecutiva, non avesse prodotte le sue ragioni nel giudizio d'ordine: come dissimo nel precedente Capo terzo. Poichè il creditore non insinuato nel concorso e nel giudizio d'ordine resta escluso dalla classificazione e dalla graduatoria, secondo il § 126 del Regolamento giudiziario; e, come dissimo nel superiore § LXXXI, num. 4, il fondo venduto passa nel compratore libero affatto dalla di lui ipoteca.

6. La remissione del pegno non estingue il credito secondo il § 407 del Codice civile austriaco per la ragione che col togliersi di mezzo l'attributo accessorio, rimane il soggetto, il principale. Il credito può stare anche senza gli artifizii delle garanzie: e possono alternarsi le dazioni o le rinuncie ipotecarie, secondo che manca o si reintegra la fiducia personale. La rinuncia poi dell'ipoteca dev'essere limitata a questo modo, a meno che il creditore si fosse espresso in termini più larghi; perchè la rinuncia della semplice ipoteca può anche non qualificarsi come atto

(1) Gallerat. *de renuntiat.* vol. 1, lib. 5, cap. 1, num. 9.

(2) Leg. 4, § 2, leg. 8, § 6, e segg. leg. 9, § 1, leg. 10. Dig. *quibus mod. pign. solv.* leg. 5. Cod. *de remiss. pignor.*

(3) Neguzant. *de pignor.* par. 6, mem. 3, num. 21-32. Merc. Merlin. *de pignor* lib 4, tit. 3 quæ. 109, num 41-50, 72 e 93 Fabro *in Cod.* lib. 8, tit. 15, def. 8, Zoesio, *in pand. quib. mod. pign. solv.* n. 11. Donnean, *de pignor.* cap. 14. Grenier, *hyp.* num. 505.

(4) Leg. fin. Cod. *de remission. pignor.* Neguzant. ibid. num. 21. Grenier, *hyp.* num 503 e 504 Troplong. *des priv. et hyp.* num 870.

gratuito, come donazione: il creditore non dona le facoltà sue: egli le mantiene sulla primitiva base del credito personale; ma la rinuncia del diritto creditorio è vera donazione, e quindi non si presume (1). Di conseguenza presso gli antichi fu deciso che se il creditore avesse rinunciato gratuitamente al credito, e questa donazione fosse poscia invalidata, rimarrebbe nondimeno rinunciato il diritto di pegno (2). E in altro luogo, proibita la donazione fra i conjugi, decisero che dalla donazione d'un credito ipotecato rimanesse almeno rinunciata l'ipoteca (3). Donde era facile l'arguire che, rinunciato il pegno, non si potesse argomentare la donazione del credito: *nisi contrarium actum esse probetur* (4).

§ LXXXIII.

Le inscrizioni si cancellano in tutto o si riducono a parte del credito o dei fondi ipotecati, sia per consenso delle parti interessate ed a ciò capaci, sia per sentenza giudiziale.

Arg. dall'art. 2157 *del Codice Napoleone; dagli articoli* 74, 75 *e* 76 *del Regolamento* 19 *aprile* 1806.

SOMMARIO

1. Interessa al credito fondiario che l'ipoteca, sebbene estinta per altre cause, sia cancellata dai pubblici libri.
2. Della cancellazione delle ipoteche spettanti a minori e interdetti;
3. a persone morali: cioè allo Stato o pubblico tesoro;
4. alle comuni, luoghi pii e cause di culto;
5. o al pubblico contro i notaj, gli ingegneri e architetti, e contro i Conservatori delle ipoteche: remissive.
6. Della cancellazione d'ipoteche spettanti a diverse persone insieme, a cessionarj, surrogati e suppegnatarj.

1. Tolto di mezzo il credito, che è la ragion finale dell'ipoteca, o rinunciato il titolo che ne dà la causa determinante, l'ipoteca cessa da sè medesima, pur sussistendo l'inscrizione sua nei pubblici libri; imperocchè, come dissimo in parecchie occasioni, l'inscrizione conta come forma necessaria alla realità dell'ipoteca, ma per sè medesima, almeno nell'attuale nostro reggime, non può rappresentare l'immanenza del diritto reale, se di questo non si mostrano le radici viventi nel cre-

(1) Leg. 25, Dig. *de probation.*

(2) Paolo in leg. 1, § 1, Dig. *quibus mod. pign. solv.*

(3) Papiniano in leg. 48, Dig. *quæ. in fraud. creditor.*

(4) Leg. 3, Dig. *de pactis*, leg. 1. § 1, Dig. *de liberat. legat.*

dito, nella proprietà e nel titolo (1). Disseccata alcuna di queste tre radici, l'inscrizione non diviene che un inutile ingombro sulla proprietà fondiaria. Ma questo ingombro può essere dannoso; avvegnachè impedisca al possessore di mostrare in palese la libertà de' suoi possessi, e con essa di allettare i capitalisti a nuove sovvenzioni, di vendere il fondo o di ritrarre dalla vendita immediatamente il valore del medesimo, o per lo meno è costretto a fastidiosi inviluppi di garanzie e controgaranzie.

L'inscrizione d'un'ipoteca estinta, deve dunque essere cancellata, perchè così interessa al proprietario, e alla causa del credito (2).

E ciò che diciamo d'un'ipoteca estinta del tutto, si può dire egualmente, sebbene con qualche riguardo, dell'ipoteca estinta per una sol parte, cioè per una parte del credito, o della proprietà. La ragione è l'identica, perchè l'ipoteca in quanto è estinta, non deve apparire dai libri pubblici, perchè in quanto vi apparisce, nuocerebbe al credito del possessore. Quindi, se la passività ipotecaria fu ridotta ad una minima frazione di somma, non è giusto che la proprietà appaja caricata d'una somma molto maggiore; se di più fondi ipotecati alcuni furono manomessi o per vendita giudiziale, o per rinuncia del creditore, deve la manumissione pur tradursi nei pubblici registri.

L'inscrizione d'un'ipoteca estinta in tutto o in parte può essere cancellata o ridotta, o per consenso delle parti interessate, o nel caso di dissenso, mediante l'autorità giudiziale. Questa è la disposizione dell'art. 74 del Regolamento 19 aprile 1806, desunta dall'art. 2157 del Codice Napoleone (3), che abbiamo quindi erogata a materia del presente §.

2. Può concedere l'assenso alla cancellazione qualunque creditore che ha, ed in quanto ha la facoltà di disporre de' suoi diritti, ed in ispecie del diritto inscritto. Deve dunque avere e la capacità personale di disporre de' proprii diritti in genere, e la facoltà di disporre dell'ipoteca inscritta: perchè può accadere che un minorenne o un interdetto con proprio danno, o un cedente con danno del cessionario acconsentissero ad una cancellazione, per la quale l'ipoteca inscritta si perderebbe forse per sempre, e certo non si potrebbe reinscrivere colla data originaria.

E dunque fuor di dubbio l'uno e l'altro postulato. Ma vediamo meglio del primo.

Può acconsentire alla cancellazione chi è capace in genere di disporre de' proprii diritti: questa è la disposizione precisa de' succitati art. 74 del Regolamento 19 aprile 1806, e 2157 del Codice Napoleone colle parole *di consenso delle persone interessate ed a ciò capaci.*

(1) Vedi specialmente il § XLVIII, e in principio del § LI.

(2) Grenier. *hyp.* num. 520.

(3) A questo articolo 2157 corrispondono gli art. 2031 del Cod. civ. siciliano; art. 2245 del Cod. civ. parmense; art. 2259 e 2270 del Cod. albertino; art. 220 e 222 del regolamento ipotec. gregoriano; art. 134, 137 e 143 del motupr. ipot. toscano; art 2246 del Cod civ. estense.

Nel § XII vedemmo quali fossero lo formalità da osservarsi nell'interesse de' minori, degli interdetti o delle persone morali in riguardo alla concessione d' un' ipoteca sopra beni ad esse persone appartenenti. Qualche cosa di analogo vedemmo pure nel precedente § LXXXII in riguardo alla rinuncia dell' ipoteca. Il consenso alla cancellazione può essere prestato tanto per una gratuila e fiduciosa rinuncia al pegno, quanto perchè l' ipoteca fosse veramente estinta per altre cause; ma il conoscere e determinare la verità e legittimità di queste cause non appartiene alla persona tutelata, perchè entra nel concetto della libera amministrazione del suo patrimonio, dalla quale essa è interdetta. Però dimandiamo: basterà l' autorizzazione del tutore o del curatore, o si richiederà eziandio l' autorizzazione del giudice? Presso ai francesi la quistione potè sembrare alquanto dubbia, parendo a Tarrible (1) che, siccome il tutore può esigere senz' altra formalità i crediti del minore, può quindi quitanzare e concedere la cancellazione delle ipoteche accessorie. Grenier (2) e Troplong (3) restrinsero quest' affermativa al solo caso che apparisse aver realmente il tutore ricevuto il pagamento totale del credito.

Il Codice civile parmense nell'art. 2245 adottò quest' ultima soluzione nella formula seguente: « sono capaci a prestare l'assenso suddetto tutti quelli che hanno la libera amministrazione dei loro beni. Gli amministratori degli altrui ne sono capaci quando esigono realmente il credito, del quale fu fatta la notificazione: in ogni altro caso essi debbono esservi autorizzati con ordinazione del pretore, o delle autorità competenti ». Analogamente è disposto negli art. 2272 e 2273 del Codice albertino, negli art. 223 e 225 della legge ipotecaria vigente in Romagna, nell' art. 146 di quella vigente in Toscana, e nell' art. 2246 del Codice civile di Modena.

Ma nel cessato regno d' Italia col Regolamento 19 aprile 1806 era deciso diversamente nel seguente art. 75: « Quando trattasi di ridurre o cancellare un' ipoteca inscritta a favore di una donna maritata, si esige anche il consenso del marito, se l'inscrizione è fatta sui beni di un terzo; e se sui beni del marito, il cancellamento o la riduzione non può farsi se non in conseguenza di un giudizio emanato dietro il parere del consiglio di famiglia, e sentito il regio procuratore presso il tribunale competente. Le stesse formalità si osservano pel cancellamento o riduzione delle ipoteche a favore di un interdetto, di un minore » (4).

Le successive leggi austriache abolirono questa disposizione in quanto risguarda le mogli (5), e la conservarono, per riguardo ai minori e agli

(1) Tarrible, *Repert. de Merlin.* v. *Radiation des hyp.* num. 2.

(2) Grenier, *hypoth.* num. 524.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 738, bis.

(4) Dogli Sforza, *dir. di pegno*, cap. XIV, § 64, pag. 408. Vedi § VIII, n. 13 e 14, § XII, n. 4. e § XIII, n. 17; ed in proposito Grenier, *hyp.* num. 524 e Troplong, *des priv. et hyp.* num. 738 bis.

(5) Vedi anche gli art. 2140-2144 del Cod. Napoleone, art. 2034-2038 del Cod. civ. siciliano, art. 2264, 2265 del Codice albertino.

interdetti in quanto è conforme alle discipline tutorie arrecate dal vigente Codice civile; il quale non concede al tutore di dare nemmeno la disdetta per la restituzione d'un capitale impiegato con legale cauzione (§ 233): tanto meno poi di ricevere di sua autorità verun capitale del minore, allorchè viene restituito; nel qual caso il debitore diffidato alla restituzione deve per sua sicurezza farsi esibire dal tutore l'atto di consenso del giudice a ricevere tal capitale, nè può contentarsi della sola quitanza del tutore. Se vuole può anche pagare direttamente nelle mani del giudice (§ 234). Se non può dunque il tutore disciogliere di sua privata autorità il rapporto creditorio: anzi se pel § 235 non può nemmanco impiegare un capitale del minore senza l'approvazione del giudice, è ovvio il dire ch'egli non potrà nè rinunciare all'ipoteca, nè acconsentire alla cancellazione della medesima. Però noi qui supponiamo ch'egli arbitrariamente avesse ritirato il capitale. Ma se con decreto del giudice fosse autorizzato ad esiggerlo: questo decreto basterebbe, anche senza una speciale autorizzazione, a dargli facoltà di permettere la cancellazione; perchè questa facoltà è implicita in quella del ricevere il pagamento e del quitanzare, a sensi del § 1369 del Codice civile, che ingiunge al creditore soddisfatto di mettere in istato l'ipotecante di poter ottenere la cancellazione (1).

Queste cose che diciamo del tutore, valgono pure anche pei curatori delle altre persone incapaci, secondo la regola posta nel § 282 dello stesso Codice civile.

3. Le persone morali hanno pure come le altre persone un'autonomia propria, rappresentata in modo speciale da appositi amministratori. Bisogna vedere praticamente come la cancellazione delle ipoteche appartenenti alle medesime possa essere acconsentita. Cominciamo da quelle appartenenti al tesoro pubblico.

Nell'art. 76 del Regolamento 19 aprile 1806 troviamo prescritto: « La domanda od il consenso di cancellare o di ridurre una inscrizione seguita per l'interesse dello Stato, del regio Demanio, o della nazione sarà ammissibile, quando pervenga al conservatore delle ipoteche da quell'Autorità, che ne ha chiesta l'inscrizione, od altrimenti quando la domanda od il consenso sia munito di un decreto corrispondente del prefetto del dipartimento ».

Per ottenere questa cancellazione occorre una speciale abilitazione. Quindi abbiamo il Decreto italico 16 giugno 1812, ove, in proposito delle affrancazioni che erano permesse ai privati da rendite, capitali o pesi qualunque, che doveano a corpi o stabilimenti sottoposti all'autorità tutoria dello Stato secondo il Decreto italico 4 agosto 1807, è detto che

(1) Questa conclusione si può sostenere oltrechè coll'autorità dei giureconsulti francesi sopra citati, anche con quella della Circolare 18 luglio 1812 del direttore gen. del Demanio, che citeremo nel num. seguente. È pure annuente Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. XIV, § 64, pag. 406 e 407.

potevano essi offerire un valor corrispondente da convertirsi in una cartella del Monte Napoleone, sulla quale un Ministro per l'interesse del corpo o stabilimento tutelato dovea fare menzione dell'approvazione all'affrancazione ipotecaria; e dietro la presentazione della cartella medesima all'ufficio delle ipoteche, dovea il conservatore procedere alla cancellazione delle ipoteche, alle quali erano affetti i beni affrancati.

Però quando la domanda della cancellazione fosse fatta da una amministrazione pubblica in dipendenza del seguito pagamento basterebbe la presentazione della quitanza: come rescrisse nell'interesse camerale il direttore del Demanio italico colla Nota 18 luglio 1812.

La stessa direzione generale del Demanio italico, colla Circolare 16 ottobre 1813 indirizzata ai conservatori delle ipoteche, dichiarò non essere i medesimi abilitati a cancellare le inscrizioni prese a carico dei contabili pubblici e loro sicurtà, sulla sola decisione assolutoria della Camera dei conti, dovendosi attendere l'autorizzazione dell'agente giudiziario presso il Ministro del tesoro, prescritta dall'art. 15 del reale Decreto 8 febbrajo 1812.

Per la Circolare 8 settembre 1817 del Governo veneto, versandosi sul punto delle inscrizioni per sicurtà od altro a favore dello Stato, del Demanio, e degli altri singoli rami camerali, ed essendo la tutela superiore delle amministrazioni regie concentrata nel Governo, si dicea importare moltissimo, che fosse da esso conosciuta la causa per cui cessano le ragioni di mantenere la sussistenza delle inscrizioni; quindi ordinavasi che d'allora in avanti si dovesse presentare al Governo la domanda di ridurre o cancellare le inscrizioni stesse, di qualunque sia categoria, per dipendere dalla di lui decisione.

Il Magistrato camerale di Venezia con Circolare 14 luglio 1831, diramata alle Intendenze di finanza, « ha trovato opportuno di autorizzarle tutte a procedere d'ora in avanti d'ufficio, *d'accordo coi rispettivi provvisorii ufficii del fisco*, alla cancellazione delle ipotecarie inscrizioni prese a carico di terzi per titoli insussistenti, o con manifesto equivoco di fatto; come alla riduzione altresì di quelle prese con estensione di effetto assicurativo oltre il bisogno, a giudizio già sempre del regio fisco, ritenendo a carico dell'amministrazione in ambo i casi tutte le spese relative a bolli, ed altre tasse di registro e d'ipoteche ».

Però nel resto non si derogava alle massime generali arrecate dalle leggi precedenti. E lo stesso Magistrato camerale di Venezia colla Circolare 10 agosto 1840 permetteva bensì ad una Intendenza di ottenere dal conservatore lo svincolo d'una prenotazione presa sui beni d'un prevenuto in causa di contravvenzione di finanza; ma *per le canzioni dei contabili o degli impresarii delle rendite pubbliche* la depennazione ipotecaria dovea essere ancora autorizzata dalla superiore camerale amministrazione.

« Sopra il rifiuto di una imperiale regia conservazione delle ipo-

teche di ridurre o cancellare le inscrizioni ipotecarie state prese da una imp. reg. Intendenza delle finanze, dietro il semplice atto d'assenso che rilasciava l'Intendenza stessa alle persone debitrici, in quanto che la predetta conservazione esigeva anche la comunicazione del decreto originale od in copia, contenente l'autorizzazione che fosse stata impartita all'Intendenza dall'autorità superiore; l'imp. reg. Senato lombardo-veneto del supremo tribunal di giustizia ha levato il decreto di rifiuto di essa conservazione, e le ha ordinato di procedere alla cancellazione dell'inscrizione in base dell'atto di assenso rilasciato dall'Intendenza, istruendola di agire in conformità anche in casi simili per l'avvenire ». Il che venne notificato alle Intendenze provinciali dal Commissario imperiale plenipotenziario colla Circolare 22 dicembre 1848; ed agli ufficii di conservazione nel lombardo colle Circolari 30 settembre 1848 e 13 luglio 1849 dell'Appello lombardo, e nel veneto colla Circolare 10 luglio 1849 della sezione d'Appello residente in Verona.

4. Nell'art. 75 del Regolamento 19 aprile 1806 troviamo ordinato: « Per cancellare o ridurre una inscrizione a favore di un Luogo pio o di un Comune, la domanda od il consenso de' rispettivi amministratori o rappresentanti, dovrà essere autorizzato da un decreto autentico del prefetto del dipartimento, e del viceprefetto del distretto ».

Fu fatta ricerca presso il Governo di Venezia, secondo che appare della di lui Circolare 8 settembre 1817 se le regie Delegazioni succedute alle Prefetture possano, a termini dell'art. 75 del Regolamento Ipotecario 19 aprile 1806, acconsentire alla riduzione o cancellazione delle inscrizioni sussistenti a favore di un Comune o di un Luogo pio, sopra ricerca delle amministrazioni che vi sono preposte; e fu allora dichiarato che si dovesse presentare al Governo la domanda di ridurre o cancellare le inscrizioni stesse, di qualunque sia categoria, per dipendere dalla di lui decisione.

Il Governo veneto con sua Circolare 11 luglio 1823 dichiarò: « Benchè in più occasioni sia occorso di far conoscere alle regie Delegazioni che, in quanto riguarda la domanda di cancellazione delle inscrizioni ipotecarie prese *a favore delle Comuni*, il Governo intendeva che si avesse a seguire il disposto dell'art. 75 del Regolamento 19 aprile 1806; nullameno accadendo chè di frequente le regie Delegazioni domandino di essere autorizzate a fare simili ricerche agli uffizii o conservatori delle ipoteche, si dispone col presente Decreto che d'ora innanzi la cancellazione o riduzione d'ipoteche a favore dei Comuni debba essere demandata dai rispettivi amministratori o rappresentanti, *unendo però alla loro domanda l'autentica autorizzazione ottenuta dal regio Delegato;* il quale la concederà ogni qual volta gli obbligati alle Comuni abbiano pienamente adempiuto ai loro obblighi, e riguardo agli esattori comunali abbiano eglino reso conto della loro amministrazione, e soddisfatto agli art. 84,

85 e 86 della sovrana Patente 18 aprile 1816, nè siavi alcuna pendenza di debiti o retrodazioni ».

Questa disposizione trovasi pur confermata nella Circolare 23 giugno 1824 del Governo di Venezia.

Rimanea da queste discipline amministrative, e specialmente per la Notificazione del Governo veneto 8 settembre 1817, che le cancellazioni occorribili per ipoteche appartenenti a Luoghi pii avessero mestieri dell'autorizzazione amministrativa; ma l'altra Notificazione 31 gennajo 1824 dello stesso Governo veneto disponea: « Vista e considerata l'analogia di principio, per cui può estendersi anche riguardo ai pii stabilimenti quanto è stato disposto dal governativo Decreto 11 luglio 1823 n. 24444-1967, che richiama al suo intero vigore l'art. 75 del Regolamento 19 aprile 1806 in proposito della cancellazione delle ipoteche a favore dei Comuni, viene determinato dal Governo che, qualora concorrano nei singoli casi gli estremi in dette disposizioni contemplati, si possa dalle rispettive Delegazioni provinciali assentire alle cancellazioni di tali ipoteche, anche quando si tratti dei succennati pii stabilimenti ».

Queste disposizioni furono applicate eziandio alle cause di culto mediante la Circolare 14 novembre 1825 del Governo veneto. « Cosicchè, vi si dice, ove si verifichino nei singoli casi le eguali circostanze, delle quali s'è fatta menzione nel Dispaccio 11 luglio 1823, num. 24444-1967, si lascia in facoltà delle rispettive regie Delegazioni provinciali il disporre quanto occorre per l'effetto delle cancellazioni di tali ipoteche, anche a favore delle ricordate cause di culto. »

5. Ci possono essere delle ipoteche costituite per cura dell'Autorità pubblica per garantire i privati contro alcuno de' pubblici funzionarii. Tra questi v'hanno i notaj, gli ingegneri civili, gli architetti e agrimensori, e gli stessi conservatori delle ipoteche.

Circa lo svincolo delle cauzioni ipotecarie de' notaj il Senato lombardo-veneto con aulico Decreto 17 settembre 1833, pubblicato dall'Appello veneto colla Circolare 1 ottobre 1833, e dall'Appello lombardo coll'altra 2 ottobre 1833, num. 12111, stabiliva la seguente norma all' art. 1, « L'emissione dell'assenso alla cancellazione di un' ipoteca inscritta per la cauzione o sicurtà notarile, od in surrogato al deposito, spetta esclusivamente alla Camera di disciplina notarile, cui è sottoposto il notaro che rendesi defunto, o cessa dal notariato ».

Così per lo svincolo della cauzione ipotecaria data a tenore dell'art. 11 del Decreto italico 3 novembre 1805 a garanzia dell'esercizio della professione d' ingegnere civile, perito agrimensore ed architetto, quando questi per morte o per altra causa cessano dall' esercizio delle rispettive loro mansioni, fu determinato colla Circolare 4 maggio 1843 del Governo di Venezia che la regia Delegazione provinciale, dietro istanza ed a spese della parte, possa autorizzare questa alla cancellazione ipotecaria, esaurite le pratiche volute nell' interesse dei terzi.

In riguardo alla cauzione ipotecaria esibita dal conservatore terremo parola nei §§ LXXXIX e C della seguente Parte terza.

6. Non può chiedere ed ottenere la cancellazione, se non chi ha il diritto in ispecie di disporre a suo talento dell' inscrizione. L' ipoteca può appartenere a più persone insieme, sia perchè la somma inscritta è dovuta a più persone contemporaneamente, sia perchè all'antico creditore fu sostituito un cessionario o un surrogato, o il credito fu suppegnato ad altri, o nell' inscrizione del medesimo appaja qualche annotamento di postergazione. Un creditore adunque che dalla formula dell' inscrizione e da' suoi annotamenti marginali apparisse o non assoluto proprietario del credito, o espropriato del medesimo, o compartecipe soltanto come cessionario d' una parte, come suppegnante o suppegnatario, come postergato o surrogato, non potrebbe da sè solo acconsentire efficacemente alla manumissione dell' ipoteca; perchè dall' una parte la cancellazione l' estingue, e dall' altra l' estinzione di un diritto non deve avvenire contro voglia delle persone cui appartiene.

Però del diritto dei veri creditori e dei compartecipi non si deve tener ragione dal conservatore, se di esso non appare fatta menzione nell' inscrizione o negli annotamenti parziali; poichè in caso diverso nessuna cancellazione sarebbe possibile, non potendosi escludere la possibilità che il diritto inscritto fosse stato ceduto o mantenuto con convenzioni sconosciute.

Parecchie leggi si pronunciarono per quella conclusione. Chi acconsente o domanda la cancellazione deve avere di ciò la capacità giuridica, secondo che vedemmo disposto nell' art. 74 del Regolamento 19 aprile 1806. Se si trattasse d' una cancellazione d' un diritto affrancato verso un corpo o stabilimento tutelato dalla pubblica Autorità, nel qual diritto trovisi involto anche l' interesse di una privata famiglia o persona, secondo l' art. 4 del Decreto italico 16 giugno 1812, l' approvazione ministeriale interposta nell'interesse del corpo tutelato non supplisce per l'effetto della cancellazione dell' inscrizione all' assenso della privata persona interessata.

Nello stesso intendimento il Senato lombardo-veneto coll' aulico Decreto 18 luglio 1829, conosciuto colla Circolare 28 luglio 1829 dell' Appello veneto, preveniva i Conservatori di non dar corso a qualsiasi domanda di cancellazione d' un' iscrizione rinnovata a termini della sovrana Patente 19 giugno 1826, se non abbiano previamente presa inspezione della primitiva inscrizione, onde assicurarsi che sia stato sciolto il vincolo, che per avventura gravitava sopra l' inscrizione originaria, e che era annotato in margine della medesima.

§ LXXXIV.

I tribunali devono ordinare la cancellazione totale o parziale quando l' inscrizione fu fatta senza essere appoggiata ad un titolo, o quando fu fatta in dipendenza d' un titolo, il quale sia o irregolare, o estinto, o soddisfatto, o quando sono legalmente annullati i diritti d' ipoteca.

Arg. dall' art. 2160 *del Codice Napoleone e dal* § 1369 *del Codice civile austriaco.*

SOMMARIO.

1. La cancellazione si può ottenere in via giudiziale quando non ci fu mai una valida ipoteca, o quando venne a cessare.
2. Della riduzione, ossia della parziale cancellazione d'un credito ipotecato, insussistente o pagato in parte.
3. Chi può chiedere la cancellazione o la riduzione.

1. Dissimo che la cancellazione e la riduzione d' un' ipoteca estinta in tutto o in parte interessa alla libertà del credito fondiario, ed è quindi un diritto del possessore; e che questo diritto, se non è acconsentito dal creditore, può ottenersi da parte dell' Autorità giudiziaria (§ precedente, in principio). Dobbiamo dunque vedere più davvicino quale sia questo diritto alla cancellazione, e come puossi esercitare.

Nell' art. 2160 del Codice Napoleone era prescritto che, « i tribunali devono ordinare la cancellazione, quando l' inscrizione fu fatta senza essere appoggiata nè alla legge, nè ad un titolo, o quando fu fatta in dipendenza d' un titolo, il quale sia o irregolare, o estinto, o soddisfatto, o quando sono legalmente annullati i diritti di privilegio e d'ipoteca (1) ». Noi traducemmo questa disposizione quasi letteralmente nel nostro §; ma per ciò non diciamo che sia perfettissima, perchè esuberante in una parte e difettosa in un' altra. Riteniamo pur noi che l' inscrizione si debba cancellare, sia perchè fosse stata presa illegalmente, sia perchè dopo la sua legittima costituzione fosse cessata la ragione della medesi-

(1) A questo articolo corrispondono esattamente gli art. 2054 del Cod. civ. siciliano; art. 2248 del Cod. civ. parmense; art. 2278 del Cod. albertino; art. 144 del motup. ipot. toscano; art. 231 della leg. ipot. di Romagna; art. 2250 del Cod. civ. estense.

ma. Ma ella non si deve cancellare soltanto quando fu fatta senza essere appoggiata nè alla legge, nè ad un titolo giudiziale o convenzionale: perchè può accadere assai più di sovente che fosse stata presa senza un credito valido, o sopra una proprietà altrui senza il consenso del proprietario. Del primo caso dicemmo nel Capo primo della Parte prima, e nel § XLIII in riguardo alle prenotazioni non giustificate. Del secondo caso parlammo specialmente nei §§ XIII-XV, ai quali rimandiamo chi vuol conoscere i limiti oltre i quali l'ipoteca è impossibile.

L'inscrizione dev'essere cancellata se per fatti posteriori cessa il suo fondamento legale; e per quali casi può cessare, è ciò che abbiam mostrato nel Capo presente. Se non che la legge nostra ci soccorre in questo momento analitico; perciocchè, se il credito ipotecato fu estinto per *soddisfazione*, il § 1369 del Codice civile austriaco ingiunge al creditore soddisfatto di mettere in istato l'ipotecante di poter ottenere la cancellazione dell'obbligo dai pubblici libri. La qual parola *soddisfazione* comprende e il vero e reale pagamento, e qualunque altra causa di remissione o estinzione del debito o del pegno: quale la novazione, la compensazione e simili fatti, che suppongono annuente il creditore. *Satisfactio tam eos modos, quibus debitor voluntate creditoris dimittitur, quam consensum de pignore remittendo complectitur*: così leggiamo presso Donneau (1); e Balduin pur soggiunse che *satisfacere* avviene in modo *ut sit etiam ultro satis acceptum, quo a pignore recedatur, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum* (2). E più elegantemente con queste parole di Gajo, SATISFACERE *dicimur ei, cujus desiderium implemus* (3), e con quest'altre di Ulpiano: SATISFACTUM *autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum* (4).

Se il credito fu tolto per la prescrizione, il nostro Codice civile al § 1499 concede all'obbligato di domandare che la sua obbligazione, essendo inscritta nei pubblici libri, ne sia cancellata, e che sia dichiarato estinto il diritto che per l'addietro competeva all'altro, ed invalidi i documenti intorno ad esso formati.

Cessa pure l'ipoteca col cessare del dominio nell'ipotecante per una causa necessaria, reale e preesistente alla medesima, come dissimo nel § XIV, e si risolve se costituita sulla proprietà altrui, e si deve cancellare quando il proprietario vero se ne accorge, per quello che dissimo nella trattazione del § XV. Cessa egualmente l'ipoteca se il creditore vi rinuncia, come dissimo nel § LXXXII: può dunque il debitore o il possessore chiederne la cancellazione, ed in ciò è vigente l'articolo della legge francese che abbiamo citato.

(1) Donnell. *de pign.* cap. 14. Holoman, in Dig. *de distract. pignor.*

(2) Balduin, *de pignor.* cap. 20.

(3) Leg 1, Dig. *qui satisdar. cogant.*

(4) Leg. 9, § 3, Dig. *de pignor. act.* leg. 11, § 2-3, eod. tit. leg. 6, Dig. *quib. mod. pign. solv*, e Marciano nella leg. 5, § ult. Dig. eod. tit.

2. Si può chiedere anche una cancellazione parziale, ma nel solo caso che si trovasse estinta una parte del credito ipotecato, e nel senso che nell'inscrizione si faccia una riduzione corrispondente nella somma del credito inscritto, non già nella quantità degli immobili ipotecati. Questo e non altro possiamo noi dire nel vigente reggime ipotecario: comunque la cosa sia molto complicata nel sistema francese, e in ogni altro che avesse tollerato le ipoteche sulla universalità dei beni. E diffatti gli art. 2161, 2162 e 2165 del Codice Napoleone disposero che ogni qual volta le inscrizioni prese da un creditore per titolo legale o giudiziale sui beni presenti e futuri del debitore, cadranno sopra più fondi oltre il bisogno per la cautela dei crediti, avrà il debitore azione per ottenere la riduzione delle inscrizioni medesime, e perchè vengano cancellate in quella parte che eccede la conveniente proporzione. Sono considerate per eccedenti questa proporzione le inserizioni, le quali cadono sopra più fondi, quando il valore di un solo o d'alcuni di essi supera più d'un terzo in beni liberi l'importare del credito in capitale ed in legittimi accessorii (1).

Queste ipoteche generali furono tolte da noi, la mercè della sovrana Patente 19 giugno 1826 (2); però, siccome in questa medesima legge si ordinò che tutte le ipoteche legali creditate dal Diritto romano e francese s'inscrivessero e si specializzassero, non si impediva che le novelle inscrizioni comprendessero assai maggior numero di beni di quanto importasse alla sicurezza ipotecaria. Per la qual cosa nell'art. 11 della stessa Patente troviamo che « ai mariti, tutori, curatori, ed ai padri legali amministratori, ed ai loro aventi causa è conservato a termine degli art. 36 e 37 del Regolamento 19 aprile 1806 il diritto di domandare, dopo la scadenza del termine stabilito all'art. 3 (3), la riduzione, ossia limitazione dell'ipoteca ad immobili sufficienti a garantire l'interesse delle mogli, dei minori e degli interdetti, dirigendo la loro domanda contro i minori ed interdetti fatti maggiori o sciolti dalla curatela; ed in caso contrario contro i curatori speciali da deputarsi secondo i §§ 270 e 271 del Codice civile austriaco, e contro le mogli od altri interessati; sulla quale domanda, sia in via di convenzione, sia in via contenziosa sarà proceduto secondo le leggi e norme veglianti ». Questa disposizione è richiamata nel successivo art. 26.

Nella legislazione francese non ammetteasi questa riduzione nell'ipoteca convenzionale, perchè questa non potea essere che speciale, a termine

(1) A questi articoli corrispondono gli art. 2055, 2059 e 2059 del Cod. civ. siciliano; gli art. 2206, 2209 e 2214 del Cod. civ. parmense; gli art. 2259-2267 del Cod. albertino; gli art. 220-226, 229 e 230 del reg. legisl. greg.; art. 134-138, del motupr. ipot. toscano, e gli art. 2240, 2241 e 2243 del Cod. civ. modenese.

(2) Vedi nel § XXII, num. 5, vol. 1, pag. 495 e seg.

(3) Cioè dopo il mese di dicembre 1827, prorogato poscia a tutto il giugno 1828: Notific. gov. lomb. e ven. 20 dicembre 1827.

degli art. 2129 e 2161 del Codice Napoleone: massima adottata in quelle legislazioni italiane che vollero speciali queste ipoteche (1): come si vede nell'art. 2055 del Codice civile delle due Sicilie; nel Codice albertino che enumerando negli art. 2250-2266 le specie delle ipoteche riducibili non fa menzione delle convenzionali, e nell'art. 228 del regolamento ipotecario di Romagna. Ma nel Ducato di Parma e Piacenza e in quello di Modena, ove i rispettivi Codici permisero che l'ipoteca convenzionale fosse indeterminata e generale (2), si dovette concedere contro di esse la riduzione, come per le ipoteche legali e giudiziali, colla semplice differenza che l'eccedenza tra il valore del credito e il valore degli stabili fu misurata per le legali e le giudiziali ad un terzo del primo sul secondo, e per le convenzionali ad una metà (3). In Toscana si transigette in questo senso che per l'art. 140 della ivi vigente legge ipotecaria, le ipoteche convenzionali si riducono soltanto quando appare che il debito dopo l'inscrizione fu estinto almeno per la metà. Non avendo noi alcuna ipoteca generale, non può proporsi questa specie di riduzione.

È però necessario di ridurre l'inscrizione per riguardo alla somma del credito ipotecato, in quanto appaja maggiore di ciò che è realmente; perciocchè al credito fondiario interessa egualmente di cancellare un'ipoteca insussistente affatto, che di cancellare parzialmente un'ipoteca riducendone alla vera entità la passività apparente. Quindi, se in origine fu inscritto un credito nel suo vero quantitativo, e poscia fu pagato in parte, dev'essere fatto un cenno corrispondente nell'inscrizione: e così fu diffatti giudicato dalle tre conformi sentenze di prima istanza 10 agosto 1849, dell'Appello (lombardo) 1 marzo 1850, di terza istanza il successivo 9 ottobre (4).

Epperciò troviamo stabilito nell'art. 228 del regolamento ipotecario di Romagna che « il tribunale potrà ordinare la riduzione delle ipoteche convenzionali nel solo caso che venisse estinta una parte del credito ipotecario ».

Un secondo caso di riduzione, anche d'un'ipoteca convenzionale, sarebbe pur possibile nel nostro Diritto, quando si trattasse di un credito eventuale o indeterminato nel titolo che fosse stato valutato eccessivamente dal creditore nelle note presentate per l'inscrizione: come dissimo nel § XVII, num. 2, citando gli art. 2163 e 2164 del Codice napoleonico (5). E la ragione di ciò è manifesta nella identità di questo col caso precedente, essendoci sempre nella somma del credito inscritto una

(1) Vedi il § XVIII, num. 1, vol. 1, pag. 454, nota 1.

(2) Vedi nel luogo citato, vol. 1, pag. 456.

(3) Art. 2209 e 2212 del Cod. civ. parmense; art. 2211 e 2214 del Cod. civ. estense.

(4) Gazzetta de' tribunali di Milano, an. 1, 1851, num. 24.

(5) Ai quali articoli corrispondono gli art. 2057 e 2058 del Cod. civ. siciliano, art. 2210 e 2212 del Cod. civ. parmense, art. 2266 e 2267 del Cod. albertino; art. 143 e 227 del reg. ipot. gregoriano, art. 139 e 141 del mo-tupr. ipot. toscano; art. 2212 e 2214 del Cod. civ. estense

parte che non riflette alcun vero credito, la quale perciò non deve nuocere alla suscettività ipotecaria del fondo.

2. Chi può chiedere la cancellazione o la riduzione dell'ipoteca? In genere chi vi ha un' interesse: quale il possessore del fondo ipotecato, per argomento dal § 1499 del Codice civile che ammette a questa domanda quegli che ha prescritto l' azione ipotecaria. La può chiedere il debitore che avesse alienato il fondo, perchè egli ha interesse di liberarsi della responsabilità che gli pesa verso l' acquirente, e perchè il § 1369 dello stesso Codice concede questo diritto all' ipotecante. Potranno chiederla gli altri creditori ipotecarii? Alcuno di essi potrebbe aver interesse a far scomparire un' iscrizione anteriore per accreditare la propria ipoteca presso un cessionario. Tuttavia il loro rapporto col creditore dall' ipoteca da cancellarsi è troppo lontano e mediato: anzi come posteriori a lui non avrebbero alcun titolo di trarlo nei disturbi d' un giudizio; e non vengono veramente secolui a contatto se non nel giudizio edittale o di distribuzione di prezzo. E così fu anche giudicato colle conformi sentenze 18 agosto 1851 di prima istanza e 20 gennajo 1852 dell' Appello lombardo (1).

§ LXXXV.

La cancellazione non procedente da reciproco consenso si deve chiedere al tribunale, o alla pretura, nella cui giurisdizione si è fatta l' inscrizione, eccetto che tale inscrizione sia stata fatta per garanzia d' una condanna eventuale o indeterminata, sulla esecuzione o liquidazione della quale verta giudizio tra il debitore e il preteso creditore, o essi debbano essere giudicati in un altro giudizio; nel qual caso l' istanza per la cancellazione deve proporsi e rimettersi a quel giudizio medesimo. Ciononostante sarà eseguita la convenzione fatta tra il creditore e il debitore di proporre in caso di contesa la domanda ad un tribunale da loro indicato.

Arg. dall' art. 2159 del Codice Napoleone e dagli art. 33. 40 e 47 della Norma di giurisdizione, 20 novembre 1852.

SOMMARIO.

1. La domanda per la cancellazione ha un foro diverso.

(1) Gazzetta de' trib. di Milano an. 2, 1852, num. 55.

2. Può essere proposta in via di riconvenzione contemporaneamente all'azione personale o reale del creditore. Può essere accumulata come accessoria ad un' azione personale del debitore o possessore.
3. Può essere proposta anche al foro reale ed al foro convenzionale.
4. La cancellazione si deve concedere udita la parte contraria, e soltanto contro quel creditore che apparisce inscritto.

1. I comentatori dell'art. 2159 del Codice civile francese (1) asseriscono che il foro davanti cui si deve chiedere la cancellazione, di regola ordinaria sia reale. Siccome l'iscrizione affetta l'immobile, insegnava Grenier, così ne partecipa la natura immobiliare, e il conoscere di essa, e della sua cancellazione dev'essere di competenza del giudice reale (2). L'azione per la cancellazione adunque, soggiunse Troplong, è affatto reale, e non ha nulla in sè di personale (3). Ma poco più avanti il medesimo si ricrede con aggiugnere che questa azione riunisca talora ambedue que'caratteri: quando cioè occorre di giudicare sulla insussistenza del titolo ipotecario prima di conoscere della cancellazione, e che ella sia semplicemente reale quando per un giudizio anteriore od altrimenti fosse già messa fuor di quistione la insussistenza del titolo, e della cancellazione soltanto si dovesse decidere (4).

Ma cosa vuol egli conchiudere da ciò? Pretenderà egli di comentare a dovere il suddetto art. 2159? Noi non crediamo che il possa; perocchè ci sembra che quell'articolo nel concedere al debitore di chiedere la cancellazione presso il foro personale, implichi davvero la possibilità che l'azione della cancellazione si dovesse promuovere davanti a quel medesimo foro personale, presso il quale si può trarre il debitore coll'azione personale del debito, o con un'azione personale qualunque.

Ben è vero che talvolta la cancellazione si può chiedere davanti a quel foro reale, presso il quale si può spiegare l'azione ipotecaria, ma perciò non diciamo che il diritto e l'azione della cancellazione siano veramente reali. Ella si può promuovere presso al foro reale dell'azione ipotecaria ossia dell'azione che sarebbe spettata al creditore se non fosse stato soddisfatto; ma ella stessa non è un' azione reale: ella è una azione diretta alla persona, perchè presti un fatto, perchè presti il consenso alla cancellazione. Noi non possiamo concedere ai preopinanti che ci sia alcun nesso logico tra l'effetto dell'inscrizione che è di partorire il diritto e l'azione reale dell'ipoteca, e il diritto del possessore ad ottenere la cancellazione; perchè se l'ipoteca attribuisce un diritto reale finchè ella sussiste, non può produrre un simile effetto quando è estinta pel pagamento o per altra causa. Il creditore ha certamente diritto alla cancellazione, ma questo diritto è personale, ha per oggetto la persona. Il diritto e l'azione

(1) Al quale corrispondono esattamente l'art. 2053, Cod. civ. siciliano; l'art. 2247, Cod. civ. parmense; l'art. 2282, Cod. albertino; l'art. 253 del reg. ipot. gregoriano; gli art. 2248 e 2249 del Cod. civ. estense.

(2) Grenier *hypoth.* num. 94.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 732.

(4) Id. Ibid.

reale suppongono un'immediato rapporto con una cosa ***sine respectu ad quamlibet personam***; il diritto e l'azione personale hanno per oggetto ultimo l'utilità delle cose, ma sono in rapporto immediato colla persona. L'azione per la cancellazione, come l'azione pignoratizia diretta è personale (1): non perchè l'una è l'altra sieno identiche, ma perchè ambedue hanno quasi le stesse limitazioni inerenti alle azioni personali. Nella pignoratizia diretta il debitore come proprietario del pegno potrebbe rivendicare la cosa sua dopo pagato il debito; ma da tempo antico gli fu diniegato di procedere contro i terzi che avessero acquistato il pegno dal creditore, il quale appunto per il contratto di pegno avea la facoltà di vendere la cosa impegnata (2). Nell'azione per la cancellazione si domanda pure un fatto, una specie di restituzione in intero verso il contratto d'ipoteca che fu disciolto. Il possessore non domanda ad altri il fondo che possiede, non esercita alcun diritto reale; ma solo chiede che il creditore, o in suo difetto il giudice acconsenta alla cancellazione.

Dobbiamo però a scanso d'equivoci avvertire che il conoscere della cancellazione non costituisce un'ordinaria azione creditoria e personale: ma che ella può essere presentata o al foro personale, o al foro reale secondo le diverse circostanze. Ella può in qualche caso prendere la forma della riconvenzione, come se p. es. durante il giudizio dell'azione creditoria o dell'azione reale ipotecaria, il debitore o il possessore riconvenissero l'attore per la cancellazione. Può in secondo luogo avvenire che la domanda della cancellazione sia accessoria a qualche altra domanda: come se il debitore convenisse il creditore al foro del suo domicilio per la nullità del credito o del titolo ipotecario, per errore, dolo, o non numerata pecunia. Può anche essere proposta da sè sola, ed allora è veramente disputabile se si possa presentare piuttosto al foro reale che al personale.

2. La domanda della cancellazione può essere proposta in forma di riconvenzione, secondo la regola generale esibitaci nel § 52 del Regolamento giudiziario: » Il reo convenuto che crederà avere diritto di riconvenire l'attore, potrà proporre la riconvenzione innanzi al medesimo giudice, presso il quale sarà stato convenuto, ed avrà tale facoltà finchè sarà emanata la sentenza definitiva sulla petizione dell'attore. » Se la domanda della cancellazione fosse esclusivamente reale non potrebbe il debitore, convenuto coll'azione creditoria al foro personale, riconvenire per quell'oggetto il creditore, ostandovi il seguente § 53 dello stesso Regolamento, e il § 33 della nuovissima Norma di giurisdizione. Ma per ciò che dicemmo testè non può essere reale una domanda d'un fatto per-

(1) Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. XIV, § 68, pag. 426 e segg.

(2) Leg. ult. Cod. *de distract. pignor*. Neguzant. *de pignor*. par. 6. m. 2, n. 19. M. Merlin. *de pignor*, lib. 5, tit. 1, quæ. 27, n. 1, Gerard. Noodt, *observ.* lib. 1, cap. VII. Vedi i §§ 367, 456 e 469 del Cod. civ. aust.

sonale, della prestazione del consenso del creditore alla cancellazione: non può dirsi reale, o almeno può essere oggetto di riconvenzione secondo le stesse leggi che citiamo, come domanda che è *connessa all'oggetto* dell'azione creditoria personale: come connessa ed accessoria al debito è l'ipoteca. In questo senso collima il succitato art. 2159 del Codice Napoleone colle parole: » Se l'inscrizione sia stata fatta per garanzia di una condanna eventuale o indeterminata, *sulla esecuzione o liquidazione della quale verta giudizio tra il debitore e il preteso creditore* . . . : l'istanza per la cancellazione deve proporsi o rimettersi a questo tribunale (ove verte quel giudizio.) » Ben è vero che questa diposizione è alquanto parziale; ma non conta, perchè non si vede qual sia la ragione speciale di restringerla alla ventilazione di crediti condizionati e indeterminati; e d'altronde gli stessi comentatori francesi non esitano a generalizzarla a qualunque specie di crediti, la cui cognizione sia pendente o possa essere portata dappoi dinnanzi al foro personale (1). E Troplong soggiunge che sebbene l'art. 2159 non parli che delle difficoltà sopravvenute nei giudizii di condanna, mi sembra però certo che la ragione del decidere sia la medesima anche quando si tratta d'ipoteche e di crediti non menzionati in quell'articolo, e che la domanda di cancellazione non è talmente di competenza reale, che non si debba rimandare la domanda al giudice che fu dapprima interpellato per la nullità della convenzione (creditoria od ipotecaria): come risulta da decreti della corte di cassazione (2).

Può in secondo luogo avvenire che la domanda per la cancellazione sia accessoria a qualche altra domanda. Quindi disse Foramiti (3), o prima di lui Grenier (4) e Troplong (5), che talvolta per la connessione della causa questa domanda può non promuoversi al foro reale. Un debitore volle pagare il credito ipotecato di trenta mila lire venete facendone il deposito giudiziale, per metà in danaro, per l'altra metà in viglietti del tesoro; indi chiese al foro reale contro il creditore che fosse dapprima dichiarato estinto il credito in conseguenza del praticato deposito, e dappoi che fosse tenuto il creditore a far cancellare entro quattordici giorni l'inscrizione ipotecaria relativa a quel credito, e in difetto che fosse autorizzato l'attore a farla cancellare egli stesso in virtù della sentenza. Il convenuto creditore volle declinare dal foro reale al personale del proprio domicilio. La prima istanza non accondiscese a quest'eccezione; ma le diede ragione l'Appello veneto, il quale col decreto 1 ottobre 1850 decise che l'oggetto precipuo della petizione versante sulla giustificazione del pagamento giudiziale non era di competenza reale. E diffatti era una

(1) Grenier, *hypoth*, num. 94. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 742.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 743, bis. Grenier, *hypoth*, num. 94. Persil, sub art. 2159, n. 5 e 6. *Régime hyp.*

(3) Foramiti, *Enciclop. leg.* V. *ipoteca*, tom. 3, pag. 176, vol. 2.

(4) Grenier, *hypot.* num. 94.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 752.

quistione di diritto peculiare affatto alle parti senza riguardo a realità alcuna; quindi non è meraviglia se la terza istanza coll'aulica decisione 18 novembre 1850 avesse confermato l'appellatorio decreto (1). Un simile caso era stato proposto, e fu deciso in contrario dalla Corte d'appello di Parigi il 9 marzo 1813, secondo riferisce Troplong (2). Però troviamo in Sirey due altri giudicati francesi, perfettamente conformi al nostro assunto; perchè la Corte di cassazione nell'uno col decreto 29 brumale anno 13, nell'altro col decreto 5 maggio 1812, decise che la domanda di cancellazione si debba reputare come accessoria a quella della nullità del credito o del titolo ipotecario, e quindi debba promuoversi piuttosto al foro personale del convenuto, che non al foro reale (3).

3. Se noi concedessimo che la domanda della cancellazione costituisce un'azione reale, non potressimo conciliare la legge nel luogo ove tollera che sia proposta al foro personale coll'altra legge del § 47 della nuova Norma di giurisdizione, arrecata dalla sovrana Patente 20 novembre 1852, ove dicesi che gli affari che sono esclusivamente assegnati al foro reale o ad un foro causale, non possono portarsi avanti ad un giudizio di specie diversa, e non può scegliersi un foro causale speciale per un affare ordinario di diritto, nè pattuirsi che affari spettanti ad una pretura vengano trattati innanzi ad un tribunale provinciale.

Però se quella domanda non costituisce un'azione reale, può tuttavia essere presentata al foro reale, per quella medesima ragione per cui viddimo nel § XXXII potersi la domanda della prenotazione indirizzarsi al giudice reale, comunque essa non implicasse un diritto e un'azione reale prima di ottenere l'ipoteca. *Bona immobilia reguntur lege loci:* la libertà della proprietà fondiaria dev'essere parimenti tutelata dal giudice reale.

Questa si può dire la regola generale di ogni competenza. Vuole il creditore costringere la libertà personale del debitore? vadi al giudice destinato nel luogo ove abita costui. Vuole egli venire sul fondo? ne chiegga l'autorizzazione dal giudice reale. La libertà della persona o del dominio è sotto la protezione del giudice rispettivo. Così per lo contrario; vuole il debitore liberarsi da un millantatore? lo provochi al giudice dinnanzi al quale il credito millantato avria dovuto essere chiesto: § 31 della nuova Norma di giurisdizione. Il possessore, che pretende libero il suo fondo da un'ipoteca, può dunque praticamente liberarnelo affatto invocando l'assistenza del giudice reale. In questo senso accettiamo la dispositiva dell'art. 2159 del Codice Napoleone; e in questo senso si potrebbero spiegare i seguenti giudicati.

Una pretura con decreto 20 luglio 1852, confermato dall'aulica deci-

(1) Gazzetta de' tribunali di Milano an. 1, 1851, num. 59.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.*, num, 732.

(3) Sirey, *Jurisprud.* tom. 7, par. 2, pag. 1001, tom. 13, par. 1, pag 251

sione 23 settembre dello stesso anno, concesse una cancellazione come foro reale, malgrado che il reo convenuto avesse opposta la declinatoria, e l'Appello lombardo nel decreto 10 agosto 1852 avesse osservato che la domanda dell'attore per la cancellazione verteva sopra un fatto personale, da riconoscersi al foro personale (1). Così la Pretura urbana di Brescia col decreto 4 aprile 1851, e lo stesso Appello lombardo col decreto 4 giugno successivo aveano prima d' allora deciso che, quantunque la pretura urbana sia competente per conoscere delle controversie fra locatore e conduttore, non lo sia del pari per giudicare della cancellazione d' un' inscrizione presa per la manutenzione d' un contratto di locazione di stabili, quando il creditore avesse declinato al foro reale. presso il quale dovea realizzare la sua azione ipotecaria (2).

È però notevole il seguente giudicato. Il tribunale civile di Milano col decreto 7 maggio 1852 confermato dalla suprema Corte di giustizia con decisione 21 ottobre successivo, si disse competente a concedere la cancellazione, perchè egli avea decisa l'insussistenza del credito, pel quale la pretura di Busto Arsizio avea concessa la prenotazione; salvo, aggiungevasi, che per l' esecuzione del decreto concedente la cancellazione fosse requisita quella pretura (3). Ma con quest' emendamento si riconobbe piuttosto che la cancellazione non potesse essere concessa validamente che dal giudice reale: come veramente dovea decidersi nel caso proposto; perchè, concessa avendo il giudice reale la prenotazione, dovea pure essere tolta dal medesimo, siccome vedemmo nei §§ XLIII e XLIV avvenire nel caso che la prenotazione fosse stata tolta, perchè chi la impetrò non giustificolla in tempo debito.

Dissimo coll'art. 2150 del Codice Napoleone che il foro competente per la cancellazione può essere diverso per apposita convenzione (4). E di vero anche pel § 47 della nuovissima Norma di giurisdizione, « è libero alle parti di assoggettarsi mediante espressa convenzione ad un giudizio diverso dal competente ». E siccome riteniamo che la domanda di cancellazione non è punto reale di sua natura, così potrebbero le parti scegliere anche un foro personale.

4. Nel caso che da una graduatoria e da un riparto risultasse infruttuosa in tutto o in parte un'ipoteca inscritta, la cancellazione o la riduzione dovrà ella essere decretata dopo sentite le parti che vi avessero un'interesse in contrario? Il tribunale di Vicenza con decreto 15 aprile 1854, e l'Appello veneto col conforme decreto del giorno 28 dello stesso mese credettero *opportuno* che si sentissero (5).

(1) Gazzetta de' trib. di Milano, an. 1852, num. 97.

(2) Gazzetta de' trib. di Milano, an. 2, 1852, num. 1. Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia, an. 5, 1852, num. 4

(3) Gazzetta de' tribun. di Milano an. 3, 1853, num. 5.

(4) Grenier, *hyp.* num. 94. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 735 e 745.

(5) Giornale di giurispr. pratic. di Venezia, an. 8, 1855, num. 24 e 25.

Certo è che negli altri casi la cancellazione deve domandarsi e concedersi in confronto delle persone che v'avessero un interesse contrario, cioè contro i creditori inscritti, per la massima generale d' ogni procedura, consecrata nel § 490 del Regolamento giudiziario, che « tutte le ordinazioni che dal giudice emanano tanto nel corso della causa, come negli atti esecutivi, deve egli farle intimare tanto alla parte dalla cui istanza derivano, come ancora alla parte contraria. » Nel seguente § 491 è soggiunto: » Il primo decreto che emanerà dopo mossa la lite, si dovrà sempre far tenere al reo convenuto, mediante consegna nelle proprie di lui mani, ma dei susseguenti basterà che segua l' intimazione mediante la consegna in mano dei domestici del medesimo. » In questo come nei seguenti §§ è stabilito che l' intimazione del decreto che cita la parte convenuta in giudizio dev' essere fatta al personale suo domicilio. Varrà dunque questa legge anche nel caso proposto del giudizio per la cancellazione ipotecaria.

Ma nell'art. 2156 del Codice Napoleone erasi stabilito: » Le azioni, alle quali le inscrizioni possono far luogo contro i creditori, saranno promosse avanti il tribunale competente, con citazione loro fatta personalmente, *o all'ultimo loro domicilio eletto sul registro;* e ciò si osserverà, non ostante la morte tanto dei creditori, che di quelli, presso dei quali avranno eletto il domicilio (1). »

Arguiscono Troplong (2) e Chiesi (3) che questa legge riguardi pure il caso che si richiede in giudizio la cancellazione. Ma per il sopracitato Regolamento giudiziario crediamo che non sia ella attendibile da noi.

A questo giudizio si dovrà premettere l'esperimento di conciliazione? Grenier (4) e Troplong (5) non lo dicono necessario. E non lo crediamo neppur noi per la stessa ragione addotta da essi, e fondata nel § 13 della Notificazione 2 marzo 1824 del Governo lombardo, la quale esentua dalla previa conciliazione ove si tratti d' una urgente provvisionale misura, come per alimenti, sequestrazioni, e simili. Che anzi nel successivo § 14 la stessa legge esentua da questa pratica tutte le petizioni provocatorie: e certo una grande analogia esiste tra queste e la petizione per la cancellazione.

Fu pure giudicato che la cancellazione si chiede validamente in confronto della persona, alla quale appartiene l'inscrizione sui registri ipotecarii, non avuto riguardo ad alcun cessionario, del cui diritto non apparisce menzione in margine all' inscrizione stessa: sentenza rejettiva di

(1) A questo articolo corrispondono esattamente l' art. 2050 del Codice civile siciliano, art. 93 del motuproprio ipotecario toscano. L' art. 2258 del Codice albertino aggiunge che nel caso di cancellazione o di riduzione il creditore dovrà essere citato personalmente al domicilio reale nella forma ordinaria. Così deve ritenersi pei Codici parmense ed estense, e per la legge ipotecaria di Romagna, che omisero l'articolo francese: Chiesi, *sist. ipot.* num. 1013.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num, 751.

(3) Chiesi, *sis. ipot.* num. 1012.

(4) Grenier, *hypot.* num. 96.

(5) Troplong, *des priv. et hypoth.* num. 711 bis.

prima istanza 28 maggio 1846, riformata dall' Appello con sentenza 24 marzo 1847, e dalla terza istanza con decisione del successivo 27 settembre (1).

LXXXVI.

Per ottenero la cancellazione chi la richiede deve deporre all'ufficio del Conservatore una copia autentica dell' atto contenente il consenso, o della sentenza pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato.

Arg. dagli art. 2157 *e* 2158 *del Codice Napoleone, e dagli art.* 74, 78 *e* 79 *del Regolamento* 19 *aprile* 1806.

SOMMARIO.

1. Il conservatore dell' inscrizione la può cancellare, ove gli consti della relativa autorizzazione volontaria o giudiziaria.
2. L' autorizzazione dev' essere in forma autentica. Del titolo convenzionale, che può essere unilaterale, condizionato o per mandato.
3. Del titolo giudiziale: dev' essere passato in cosa giudicata.
4. Se fu annullata la sentenza per la qnale si praticò la cancellazione, l' ipoteca non rivive se non alla data d' una nuova inscrizione.
5. A chi spettino le spese della cancellazione e della riduzione.

1. La cancellazione deve praticarsi dal Conservatore dell' inscrizione. Ma nell'atto del prestarsi deve colla più scrupolosa attenzione sopravedere che non arrechi pregiudizio ad alcuno; avvegnachè la cancellazione importi la perdita del diritto reale, o almeno della prelazione originaria dell'inscrizione, nel caso che il creditore venuto a cognizione del fatto volesse rimediarvi con una nuova inscrizione. Per rimuovere questo pericolo, il Conservatore deve farsi esibire il titolo sufficiente per questa pratica: deve cioè richiedere a quegli che domanda la cancellazione che provi la causa legale della sua richiesta. La qual causa consiste, come dissimo nei precedenti §§, o nel consenso delle persone alle quali appartiene attivamente l'inscrizione, secondo che appare da essa o da' suoi annotamenti marginali, o nell'autorità giudiziaria debitamente accertata. Con questo però non vogliam dire che il Conservatore debba instituire una formale ricerca sulla natura intrinseca del titolo per la cancellazione. Egli non deve occuparsi delle quistioni di diritto, alle quali possono dar luogo le cancellazioni, o rifiutarsi sotto pretesto del possibile pregiudizio dei terzi, i diritti dei quali non appajono punto nell'inscrizione

(1) Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia, an. 2, 1847, num. 25.

da cancellarsi; egli non deve curarsi d' altro che di constatare la volontà delle parti, o l' autorità del giudice: constatata, deve ubbidirvi (1). Ma come accertare queste cause? non per altro che osservando l'autenticità, o il valore definitivo dell' atto che le contiene, e che il consenso o l'autorità giudiziale valgano contro tutte le persone attivamente inscritte (2). Questa massima ha bisogno di spiegazione.

2. Il Regolamento ipotecario 19 aprile 1806 nell' art. 77 dispone: » Nel caso di cancellamento o di riduzione tanto per consenso, come per effetto di un giudicato, coloro che lo domandano depongono all'ufficio del conservatore copia dell' atto autentico contenente il consenso, o l'autorizzazione succennata, o copia della sentenza munita di un certificato della cancelleria del tribunale, che la detta sentenza sia passata in giudicato. » E nell' art. 79 è soggiunto: » Chi domanda la cancellazione o la riduzione di una inserizione deve presentare al conservatore unitamente alla domanda l' atto o l'estratto autentico del consenso o della sentenza, col certificato relativo alla medesima, i quali si ritengono in uffizio, in filza separata e numerata. » Simili sono le disposizioni contenute negli articoli 2157 e 2158 del Codice Napoleone (3); e il ministro della giustizia del cessato regno d' Italia colla nota 14 dicembre 1807 rescriveva al regio procuratore generale di Vicenza che la disposizione di questi articoli del Codice napoleonico è troppo letterale, perchè si possa esitare a ritenere essere sempre necessaria la presentazione della copia dell' atto autentico di consenso delle parti interessate, per autorizzare il conservatore a prestarsi a cancellare o ridurre un' ipoteca (4).

Nel § XXI (ultimo del Capo secondo della Parte prima) abbiamo veduto cosa si debba intendere per forma autentica d' un documento presentabile all'ufficio della conservazione ipotecaria: e ciò che ivi accennammo nell' interesse della inscrizione da prendersi, vale pur qui per la cancellazione.

Il ministro di giustizia del cessato regno d' Italia coi dispacci 7 febbrajo 1811 (5) e 14 agosto 1813 (6) rescriveva al conservatore di Milano che » la domanda di cancellamento di un' iscrizione fatta da chi ha richiesta l'Inscrizione stessa, mediante un atto autentico, deve considerarsi quanto all'essenza come un atto di consenso. Il Conservatore potrà quindi

(1) Grenier, *hypoth.* num. 520, e 525, Troplong, *des priv. et hyp.* num. 741, Foramiti, *Enciclop. legale.* V. *inscrizione ipotecaria*, vers. *cancellazione*, vol. 3. pag. 115, Mattei, al § 471, Cod. civ. aust. append. 1, sub art. 2157, num. 10.

(2) Grenier, *hypoth.* num 525, Troplong, loc. citato. Foramiti, loc. citato.

(3) Ai quali corrispondono gli art. 2051 e 2052 del Cod. civ. siciliano; art. 2245 e 2246 del Cod. civ. parmense; art. 2271, 2277 e 2281; del Cod. albertino; art. 222, 223, 233, 234 e 237 del regol. ipot. gregoriano, art. 137, 138, 145 e 148 del motupr. ipot. toscano; art. 2246 e 2247 del Cod. civ. estense.

(4) Verda, Raccolta, pag. 79.

(5) Esaminato nella nota originale 8 febbrajo 1811 del regio Procuratore gen. al Conservatore milanese, nell' archivio d' ufficio di quest' ultimo.

(6) Esaminato nello stesso modo nella nota 18 agosto 1813 dello stesso regio Procuratore.

in vista della medesima procedere alla cancellazione in tutto od in parte a norma della richiesta, salvi i casi contemplati negli art. 75 e 76 del Regolamento (19 aprile 1806). Quanto poi agli atti di consenso delle autorità pubbliche, deggiono parimenti constare da un atto autentico, giacchè l' art. 2158 del Codice (italico) non fa alcuna distinzione tra queste e i privati (1). E soggiugevasi: » se per l' art. 2127 (dello stesso Codice) l' ipoteca convenzionale non può costituirsi che mediante atto notarile, non ne viene perciò che la cancellazione debba aver luogo indifferentemente sopra un atto notarile. L'art. 2158 del Codice, nel richiedere per la cancellazione dell' ipoteca l' atto *autentico*, non si è richiamato all' art. 2127; dunque l' autenticità dell' atto (acconsentito dal Demanio) per la cancellazione, deve desumersi dai principii generali, e incorre quindi nella disposizione dell'art. 1317, la quale per atto autentico definisce quello che è stato ricevuto da pubblici officiali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede. Ora la lettera d' ufficio, che la direzione generale del Demanio dirige al Conservatore delle ipoteche chiedendo la cancellazione, non può dubitarsi che sia un atto autentico sufficiente ad operare la cancellazione medesima: tale essendo anche la pratica seguita nell' impero francese, come ne consta dalla Circolare della *Regie* del 13 ventoso anno 8 (2) ».

Quanto al primo degli argomenti cui alludono questi Dispacci, cioè alla forma della concessione d' un privato per la cancellazione, abbiamo anche la Circolare 30 gennajo 1818 della direzione generale del Demanio veneto, che nell'art. 1 prescrive al Conservatore, quando è richiesto di cancellare un' iscrizione col fondamento di un titolo puramente privato, di dar corso all' istanza ogni qualvolta le firme siano state riconosciute per mano di pubblico notajo.

Varrà il consenso alla cancellazione espresso dal creditore in un atto unilaterale, cioè senza la scritta accettazione del debitore? Con Troplong (3) non dubitiamo d' affermarlo, perchè questo atto implica veramente una rinuncia estintiva dell' ipoteca.

Si potrebbe acconsentire alla cancellazione anche per mandatario; ma nell' atto d' assenso dovrebbesi allegare il mandato in forma autentica (4) per la stessa ragione, anzi per una più forte di quella che abbiamo considerata nel § XXI, num 6, perchè nulla saria di più facile che di cancellare qualsiasi ipoteca colla supposizione di un falso mandato. Deve dunque essere autentico tanto l'atto d'assenso del procuratore, che il mandato del creditore. Il Conservatore deve esaminare il titolo della cancellazione, e dovria rifiutarvisi, se vi scoprisse che l' assenso del creditore fosse condizionato a qualche evento che non gli apparisse essersi verificato. Laonde il Codice albertino prudentemente stabilì nell' art. 2276 che « se

(1) Sudd. nota 7 febbr. 1811.

(2) Sudd. nota 14 agosto 1815.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 738.

(4) Così fu più volte giudicato in Francia, come attesta Troplong, *des priv. et hyp.* num. 741, in notis.

l'atto portante il consenso alla cancellazione contiene la condizione di un'altra ipoteca (1) o dell'impiego del danaro, la cancellazione non avrà luogo, se non si farà constare al conservatore di avere adempiuto alle condizioni ». E nell'art. 2279 aggiunse, che « l'art. 2276 sarà applicabile al caso di cancellazione forzata, se la sentenza od ordinanza contenga qualche condizione della stessa natura ».

Dovrà pure il Conservatore esaminare le attribuzioni del mandato esibito sotto forma autentica, e dovrà rifiutarsi nel caso che non apparisse abilitato specialmente il mandatario a questo ufficio importante della cancellazione: come sarebbe insufficiente se si limitasse agli affari di ordinaria amministrazione, e l'ipoteca da cancellarsi fosse stata presa per capitali rilevanti come patrimonio stabile. In ogni caso avverta a ciò che dissimo nel superiore § LXXXII, num. 2.

3. Quando la cancellazione o la riduzione è concessa dal giudice, la si pratica esibendo al Conservatore la copia autentica del decreto o sentenza, come dissimo cogli articoli 77 e 79 del Regolamento 19 aprile 1806. Per queste leggi e le altre relative che citammo di sopra, il decreto o la sentenza del giudice non si può presentare al Conservatore, se non consta che sia passato in cosa giudicata (2), mediante un certificato della cancelleria del tribunale (o della pretura). Questa disposizione fu confermata espressamente nella Circolare 20 maggio 1828 dell'Appello veneto. Omettendo il debitore o possessore di corredare in questo modo la sua domanda, gli sarebbe a buon diritto rifiutata la cancellazione, come lo fu dal Conservatore di Vicenza, il cui rifiuto fu approvato dall'Appello veneto con decreto 25 luglio 1854, num. 9381 (3).

Utile è pure la lezione esibitaci nell'art. 236 del Regolamento ipotecario di Romagna: che non potrà eseguirsi il cancellamento o la riduzione ordinata dagli arbitri se la di loro sentenza non sarà dichiarata esecutiva dal tribunale competente. E valga in proposito ciò che dissimo per lo stesso argomento nel § XXI, num. 3; e per queste sentenze, s'aggiunga, dev'osservarsi la regola generale che siano trascorse in cosa giudicata; perchè anche quando il compromesso è definitivo possono essere appellate entro quattordici giorni o per dolo o per eccesso di potere negli arbitri, giusta i §§ 352-355 del Regolamento giudiziario.

4. *Quid juris*, se, ordinata o praticata una cancellazione con una sentenza che fu poscia annullata col rimedio straordinario della restituzione in intero, si volesse far rivivere l'ipoteca cancellata? Suppongasi che un creditore avesse fatto cancellare un'iscrizione invece d'un'altra: e

(1) Vedi un esempio di ciò nel § XIX, num. 1.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 739. Degli Sforza, *dir. di pegno*. cap. XIV. § 64, pag. 410 e seg.

(3) Giornale di giurispr. prat. di Venezia, an. 8, 1855, num. 24 e 25.

volesse dappoi rimediare allo sbaglio (1). Suppongasi che ordinata la cancellazione con due sentenze conformi, e dopo praticata, la terza istanza avesse cassate le anteriori sentenze; potrebbe il creditore far cassare l'annotamento di cancellazione, e far rivivere la inserizione? Egli potrebbe certo richiedere una nuova inscrizione; ma questa sarebbe efficace soltanto dalla data sua propria, e non ancora colla data originaria della inscrizione cancellata. Questa conclusione è certissima nei rapporti con uno che avesse acquistato ed ipotecato il fondo nel tempo intermedio tra la cancellazione e la nuova inscrizione operata dopo la restituzione in intero (2). Non può essere dubbia nel caso che sopra un credito inscritto prima della cancellazione un terzo di buona fede avesse ottenuto un subingresso o un suppegno. Ma è altamente dubbia in confronto ai creditori inscritti prima della cancellazione, e dei quali non apparisce che si fossero accorti della cancellazione, e non avessero, credendola verace, patito alcun danno. Nella legge ipotecaria di Romagna coll'art. 238 troviamo stabilito che « le inscrizioni in tutto o in parte cancellate non potranno mai rivivere, nè riacquistare l'antico grado, abbenchè si dichiarasse nullo il cancellamento, ovvero la sentenza che l'ha ordinato si rivocasse in via di restituzione in intero; salvo il diritto per l'emenda dei danni ed interessi, sia contro la parte, sia contro il Conservatore, se e come di ragione ». La stessa disposizione è contenuta nell'art. 150 della legge ipotecaria di Toscana (3). Però Troplong coll'apparato di qualche giudicato francese decide per l'affermativa; e Degli Sforza egualmente ritiene che per equità si debba rispettare il diritto erroneamente cancellato, e che riacquisti l'anzianità di prima; perchè i diritti degli altri creditori non subirono punto alterazione alcuna, e coloro non potriano pretendere a vantaggi da un giudicato che fu poi tolto come ingiusto (4). E di vero l'equità raccomanda questa decisione: e dove parla quel generoso sentimento, noi non vorremmo nicchiare in causa di un esoso formalismo. Però può darsi che quei creditori avessero patito un danno. Suppongasi che per essere coloro collocati in grado svantaggioso, stessero in agguato per meglio assicurarsi, o per cogliere un'occasione di ricuperare il loro capitale. Suppongasi che dimostrino essersi offerta una simile occasione, o che sollecitando il debitore pel pagamento, fossero stati acquietati, ricevendo la notizia della praticata cancellazione dell'ipoteca che li primeggiava. Senza dubbio che allora, cassata la cancellazione si troverebbero ingannati e perduti. Conchiudiamo adunque: che nel rapporto coi terzi la cancellazione toglie l'inscrizione e l'ipoteca cancellata: non la toglie se ed in quanto in causa di essa i terzi non avessero patito un danno: che questo danno, che è sempre emergente nella colli-

(1) Vedi la Notificaz. gov. lom. 10 maggio 1835, e Mattei al § 471. Cod. civ. ausl. append. 1, art. 2157, n. 11.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 746 bis. Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. XIV, § 64, pag. 413. Mattei, loco citato, num. 12.

(3) Troplong, loco citato.

(4) Degli Sforza, loco citato. Aggiungi Mattei, loco citato.

sione tralle varie ipoteche, si potesse attribuire *per probabili conghiet ture* alla conoscenza che avessero avuto i terzi della seguita cancellazione.

Può nascere nel caso che l'ipoteca cancellata fosse mantenuta in confronto ai creditori posteriori, che fosse difficile il regolare questa sua priorità contradditoria. Ma questo nodo avviluppato fu già sciolto per noi nel § LXXV, num. 6, nel comento della famosa legge *Claudius Felix*.

5. È quistione se le spese della cancellazione e della riduzione siano a carico del creditore o di chi la domanda. Non si può certo in ogni caso decidere che quelle spese stieno a carico del debitore o possessore per ciò solo che essi vi abbiano l'esclusivo interesse: perchè sovventi volte all' interesse proprio si provvede colle obbligatorie prestazioni d' altrui. E nemmeno diremo che in ogni caso il creditore vi sia tenuto per ciò solo che la legge del § 1369 del Codice civile austriaco lo obblighi, dopo che fosse soddisfatto, a mettere in istato l'ipotecante di poter ottenere la cancellazione; perchè egli può soddisfare sufficientemente a questa obbligazione col prestare volonterosamente il suo consenso, senz'altro. Distinguasi però la cancellazione dalla semplice riduzione: e per la prima distinguasi ancora se essa abbisogna quando l' inscrizione fu fatta senza un titolo regolare o fin allora estinto: ovvero se occorre la cancellazione d' una inscrizione presa per un titolo valido, ma che fosse estinto dopo l' inscrizione stessa. Nel primo di questi casi risponderessimo colla decisione emessa in linea amministrativa dalla Circolare 14 luglio 1831 del Demanio veneto, che prescrivea alle Intendenze provinciali di dovere d' accordo col regio Fisco cancellare le inscrizioni *prese a carico dei terzi per titoli insussistenti, o con manifesto equivoco di fatto*; e riteneva a carico dell' amministrazione in ambo i casi tutte le spese relative ai bolli ed altre tasse di registro e d' ipoteca (1).

Questa disposizione è eminentemente giuridica, perchè il proprietario ha diritto alla libertà e tranquillità de' suoi possessi contro le turbative e le infondate pretese dei terzi ; e chiunque è obbligato a risarcire qualunque danno derivato ad altrui dalla sua colpa: come si argomenta dai §§ 1295-1297 del Codice civile austriaco. La medesima conclusione sarebbe adottabile nel caso che il debitore domandasse la cancellazione d'una prenotazione non confermata, perchè secondo il precetto generale del § 515 del Reg. giud. chi soccombe in una causa deve rifondere alla parte contraria le spese giudiziali che ella avrà fatte.

Nel secondo caso che la cancellazione occorresse per inscrizioni valide in origine, ma perente per fatti posteriori, ci sembra che si debba eso-

(1) Vedasi anche la Circolare 18 luglio 1812 del Direttore demaniale Italico, Verda, pag. 137, ove si dice esente da bollo la domanda di cancellazione d' una inscrizione presa erroneamente per parte dell' amministrazione pubblica. La ragione è evidente: perchè il bollo ossia la spesa doveasi sostenere dall' amministrazione stessa.

nerar da quelle spese il creditore, in quanto eccedessero la prescrizione letterale del succitato § 1360 del Cod. civile. Imperocchè come dissimo testè, questi è tenuto a mettere in istato l'ipotecante di poter ottenere la cancellazione. La legge non dice che egli stesso debba procurarla; nel che sarebbe compreso l'obbligo di sostenere le spese relative; ma è pur vero che prestando il proprio consenso alla medesima, e prestandolo in maniera che senza un suo nuovo atto il debitore possa ottenerla, egli avrebbe obbedito alla legge. Quindi è obbligato a prestare quel suo consenso in un atto presentabile al Conservatore: vale a dire in un atto autentico.

Egli sarebbe perciò obbligato alle spese di questo atto autentico in quel modo stesso che è obbligato a quitanzare il pagamento (§ 1426 Cod. civ. aust.), ossia ad emettere un'attestato scritto dell'adempiuta obbligazione. Ma colla differenza, che in questo caso basterebbe una scrittura privata: nel caso nostro ci vorrebbe una scrittura pubblica, o autenticata da una pubblica autorità, perchè simile scrittura è necessaria a mettere il debitore in istato di ottenere efficacemente la cancellazione. Il suo consenso prestato verbalmente, o per scrittura privata, non sarebbe sufficiente a quello scopo.

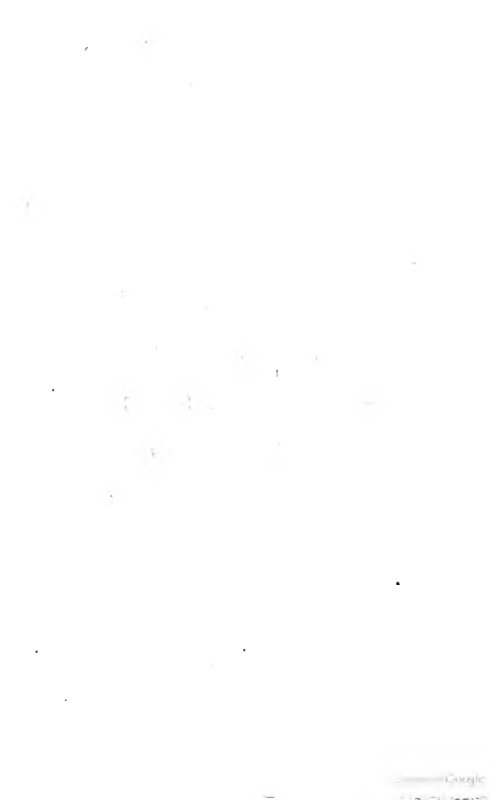
Però non dovrebbe il creditore sottostare alle spese delle note, della presentazione delle medesime, e dei bolli o tasse occorribili per l'effettiva cancellazione; perchè per legge non è obbligato a far cancellare, ma a mettere il debitore in istato di poter ottenere la cancellazione.

Il decidere delle spese della riduzione è assai più facile; perchè quella che è pur possibile di ottenere sulle ipoteche generali contratte anteriormente alla attivazione del Codice Napoleone nel regno d'Italia, l'art. 38 del Decreto italico 25 ottobre 1808 dispose che si potesse dal debitore *a proprie spese* domandare e conseguire giudizialmente a termini e nei modi portati dall'art. 2161 e seguenti del Codice napoleonico, e dal Regolamento 19 aprile 1806.

Delle ipoteche generali sui beni presenti e futuri, specializzate in ordine alla sovrana Patente 19 giugno 1826, negli art. 11 e 26 della legge medesima, fu permessa pur la riduzione secondo gli art. 36 e 37 del Regolamento 19 aprile 1806, o meglio secondo l'art. 2161 del Codice Napoleone. Per l'identica ragione le spese di questa pratica, esclusivamente a vantaggio del debitore, devono stare a suo carico.

Ma nel caso della riduzione d'una inscrizione, ossia della cancellazione parziale di essa per riguardo alla somma del credito insussistente in parte, o valutato dal creditore eccessivamente, parrebbe qui applicabile ciò che dissimo testè della cancellazione, in base al § 1360 del vigente Codice civile austriaco.

PARTE TERZA

DEGLI UFFICII CONSERVATORI DELLE IPOTECHE

AVVERTENZA

Esaurita secondo il proposito nostro la trattazione del Diritto ipotecario colle due Parti, nelle quali distinguemmo la costruzione elementare dell' ipoteca dalla virtù che ne risulta per il suo concetto logico, e la doppia utilità sua economica e giuridica, veniamo a porre in questa Parte terza le leggi organiche e normali degli Ufficii destinati alla conservazione ed alla pubblicità delle ipoteche inscritte. Non intendiamo tuttavia di porre qui che le leggi e gli ordinamenti pratici di questa instituzione, astenendoci da qualsiasi considerazione sul merito di essa, o sulla pratica possibilità del suo perfezionamento, per questa principalissima ragione che noi non presumiamo che di raccogliere quei lumi pratici intorno ad essa, dai quali si possa più acconciamente applicare la dottrina ipotecaria vigente in queste provincie; poichè ci sembra che a questo fine importi molto di conoscere l' intimità delle funzioni di questo ufficio, al quale si trovano affidati tanto preziosi interessi, a dalla cui solerzia dipende la certezza del credito fondiario e delle private fortune. Ordinando le nostre cure a questo proposito, non dobbiamo far altro che classificare gli ordinamenti che avremmo potuto raccogliere, distinguerli in una serie progressiva, contraddistinta da speciali paragrafi, e comentarli soltanto qua e là con qualche breve annotazione.

Però, siccome la maggior parte delle disposizioni legislative che abbiamo qui ragunate non furono fatte di pubblica ragione nelle raccolte officiali, ma solo diramate dalle Autorità superiori alle inferiori, e per vie interne, dobbiamo qui dire da dove le abbiamo attinte. La raccolta stampata da Giuseppe Verda è opera omai troppo conosciuta per l'utilità grandissima che ne provenne alla pratica, e per l' autorità meritata dalla diligenza della compilazione. Noi non potevamo anche prima d'ora non valercene in moltissimi luoghi del precedente trattato. Ma la raccolta del Conservatore vicentino non potea rispondere a tutti i nostri

bisogni; perchè non ci esibiva tutti gli ordinamenti interni degli ufficii ipotecarii di Lombardia; e dei molti decreti aulici pubblicati nel veneto, mediante le intermedie magistrature venezìane, non ci facea conoscere la eguale attivazione nelle provincie lombarde; per il quale difetto sentimmo il dovere di ricorrere al sig. dottor Pietro Taccani, Conservatore delle ipoteche in Milano; il quale colla più cortese sollecitudine ci scielse ed esibì una copiosa raccolta delle interne ordinanze rimaste nell' archivio dell' ufficio. Per tal modo ci trovammo in grado di ammanire la seguente compilazione; della utilità della quale vorrà il pubblico essere riconoscente non alla nostra, ma alla zelante opera di quest' onorevole magistrato.

LXXXVII.

Dell'instituzione degli Ufficii conservatori delle ipoteche.

Nell' art. 1. del Decreto italico 29 marzo 1806 troviamo prescritto: « In ogni comune di residenza di un tribunale civile di prima istanza vi sarà un' ufficio di conservazione delle ipoteche. Il circondario soggetto ad ogni ufficio è il circondario giurisdizionale del tribunale, presso il quale risiede. »

Analoga è pure la disposizione dell'art. 47 del Regolamento italico 19 aprile 1806, di questo tenore: « Vi sarà necessariamente un uffizio delle ipoteche nel comune ove risiede un tribunale civile di prima istanza. L' uffizio delle ipoteche sarà situato, per quanto le circostanze lo permettano, nello stesso locale dell' ufficio del Registro degli atti e contratti. Si tiene aperto tutti i giorni, eccettuate le domeniche, dalle ore 9 della mattina alle 4 pomeridiane ».

Nella trattazione del § XXIII, num. 2, abbiamo vedute le disposizioni legislative che regolano la competenza territoriale di cadaun ufficio situato nelle provincie lombardo-venete. Non ripeteremo dunque inutilmente le stesse cose (1).

Or dobbiamo menzionare le leggi relative all' organizzazione interna degli uffizii medesimi per riguardo al personale, alla tenuta dei registri ed alle funzioni conservative delle ipoteche.

(1) Solo aggiungasi alle leggi citate in quel luogo il Decreto italico 19 luglio 1811 relativo al circondario degli ufficii di Trento e di Bolzano; il Dispaccio 16 marzo 1814 del Governo veneto, citato da Verda pag. 184; e la Circolare del Governo veneto 20 settembre 1844.

§ LXXXVIII.

Ogni ufficio ipotecario è presieduto o rappresentato da un Conservatore. A chi spetti la sua nomina, e quali siano le condizioni perchè possa entrare in funzione.

Nel Regolamento italico 10 aprile 1806 è disposto coll'art. 48:

« In ciascun uffizio delle ipoteche vi è un conservatore delle ipoteche con altri impiegati subalterni. Il conservatore è nominato dal Re; gli impiegati sono nominati e rimossi dal conservatore, che ne partecipa la nomina o la rimozione al gran giudice ministro della giustizia ed al ministro delle finanze ».

Col tempo variarono i modi qui prescritti per la nomina del Conservatore, come abbiamo nelle leggi posteriori.

Il Senato lombardo-veneto del supremo tribunal di giustizia, presi gli opportuni concerti coll'imp. reg. Camera aulica generale, stabilì coll'aulico Decreto 13 marzo 1822, pubblicato dall' Appello lombardo colla Circolare 21 marzo 1822, e dell'Appello veneto con Circolare 26 marzo 1822, « che la nomina dei conservatori delle ipoteche semplicemente tali è riservata all' autorità giudiziaria, cioè al Senato lombardo-veneto sopra a proposizione da subordinarsi dal tribunale d'appello, previi gli occorrenti concerti coll' imp. reg. Governo. La nomina poi dei conservatori del registro (1), che accessoriamente sostengono la partita ipoteche, è riservata alla prelodata Camera aulica, mediante proposizione da farsele dal Governo, presi gli opportuni concerti coll' imp. reg. tribunale d'appello. Atteso poi lo stato provvisorio degli uffizii ipoteche si è determinato, che non sia punto alterata la facoltà dei conservatori stessi di licenziare i proprii impiegati, restando però i conservatori tenuti ad informare la superiorità di ogni relativo cambiamento colla indicazione dei motivi dai quali venne prodotto ».

Abbiamo ancora in proposito l'altro aulico Decreto 4 gennajo 1843 dello stesso Senato lombardo-veneto, pubblicato colla Circ. 11 gennaio 1843 dell'Appello veneto e colla Circ. 12 gennaio 1843 dell'Appello lombardo (2), nel quale leggiamo: « Presi gli opportuni concerti coll' inclita imp. reg. Camera aulica generale, nella considerazione che coll' attivarsi della nuova legge 27 gennajo 1840 le tasse d'ipoteca e registro e quelle pur giudiziarie rimasero abrogate, restano in avvenire dispensate le Autorità camerali da ogni ingerenza nella nomina dei conservatori delle ipoteche,

(1) Che oggidì è soppresso.

(2) Degli Sforza, *Dir. di pegno*, appendice num. 19

e nella regolazione delle loro cauzioni, e ben inteso che ciò in ora dovrà aver luogo soltanto riguardo a quegli ufficii ipotecarii che non avessero ancora da occuparsi della riscossione delle tasse arretrate; dovendo tali ufficii rimanere tuttavia in relazione colle Autorità camerali fino alla totale estinzione degli arretrati. Di conseguenza la nomina di tutti i conservatori appartiene al Senato, sopra proposizione dei tribunali d'appello ».

Il tribunale d'appello lombardo colla Nota 21 luglio 1820, num. 3888, diretta al tribunale civile di Milano, avea rescritto che il conservatore delle ipoteche della città stessa dovesse ritenersi soggetto a quel tribunale di prima istanza civile per quanto riguarda l'esatta osservanza dei regolamenti sulla tenuta dei libri e registri, onde non venga recato pregiudizio all'interesse ed alle fortune delle parti.

Nominato un conservatore deve entrare in funzione; ma prima d'allora deve osservare il disposto dell'art. 49 del Regolamento 19 aprile 1806: « Ogni conservatore prima d'assumere le sue funzioni dovrà: *a*) presentare al tribunal civile di prima istanza del circondario il documento originale della sua nomina per esservi registrato; *b*) prestare un'idonea cauzione da approvarsi come all'art. 103 (1); finalmente prestare avanti il presidente del tribunale ed il regio procuratore il giuramento di esercitare con fedeltà ed esattezza i doveri del suo ufficio ».

§ LXXXIX.

1. Il conservatore deve dare una cauzione idonea sotto la sorveglianza dell'Autorità giudiziaria.

Il conservatore deve dare un'idonea cauzione secondo che vedemmo coll'ora citato art. 49 del Regolamento 19 aprile 1806. I seguenti articoli della stessa legge la precisano meglio. Art. 103. « La cauzione che ogni conservatore deve prestare a norma dell'art. 49 prima di assumere l'esercizio delle sue funzioni a garanzia della risponsabilità, di cui è gravato, deve essere riconosciuta ed approvata dal tribunale civile di prima istanza, nel circondario del quale è collocato il suo uffizio, sentito il regio procuratore ».

Art. 104. « La cauzione continuerà per tutto il tempo in cui il conservatore durerà in carica, e pel corso di altri dieci anni dopo. Qualora entro questo termine non sia stata promossa alcuna azione dipendente-

(1) Vedasi citato quest'articolo sotto il § seguente.

mente da mancanze in ufficio del conservatore, la cauzione resterà libera da qualunque peso o conseguenza dell'esercitata conservatoria ».

Art. 105. « L'entità della cauzione sarà stabilita di concerto tra il gran giudice ministro della giustizia, ed il ministro delle finanze, avuto riguardo alle località ed alle qualità del circondario assegnato a ciascun ufficio delle ipoteche ».

Col successivo Decreto italico 16 ottobre 1807 si pubblicava una tabella sinottica per la residenza, il circondario e la somma della cauzione da prestarsi da ciascun conservatore, e si aggiungevano alle precedenti disposizioni le seguenti:

Art. 3. « La cauzione è prestata per atto pubblico avanti il prefetto del dipartimento dai conservatori delle ipoteche stabiliti nei capo-luoghi, e dagli altri avanti i vice-prefetti rispettivi. Conformemente però all'art. 103 del Regolamento 19 aprile 1806 la detta cauzione dev'essere prima riconosciuta ed approvata dal tribunale civile di prima istanza, nel circondario del quale è collocato il rispettivo ufficio, sentito il regio procuratore. Gli atti di cauzione, debitamente riconosciuti ed approvati, saranno trasmessi al gran giudice ministro della giustizia, il quale ne farà rimettere copia al ministro delle finanze ».

Art. 4. « Il gran giudice ministro della giustizia ed il ministro delle finanze potranno di concerto diminuire od accrescere il numero degli ufficii delle ipoteche, e l'entità della cauzione, se l'esperienza lo dimostrerà conveniente, salva l'approvazione nostra definitiva » (del viceré Eugenio Napoleone).

Nel Decreto italico 24 novembre 1810 troviamo prescritto coll'art. 1: « I cassieri . . . *i conservatori delle ipoteche* . . . e generalmente tutti i contabili verso il tesoro o verso i comuni, i quali a termini delle leggi e regolamenti sono tenuti a prestar cauzione per garanzia della gestione loro rispettivamente affidata, sono ammessi a formare la detta cauzione in beni immobili di loro ragione o di ragione delle loro sicurtà, liberi da ogni peso, ovvero mediante deposito sul Monte Napoleone di una somma corrispondente all'importare di detta cauzione ». Art. 2. « Eleggendo il contabile di costituire beni immobili a titolo di cauzione, come sopra, dovrà questa prestarsi e ricevere nelle forme, modi e termini prescritti dai regolamenti, cui si riferisce la di lui gestione ». Art. 4. « La cauzione prestata per un dato genere d'amministrazione, come per le ipoteche, il registro . . . sarà e s'intenderà di diritto operativa anche nel caso che l'individuo, per cui fu prestata, sia traslocato ad altro impiego della stessa natura, salvi i patti speciali che fossero intervenuti in concorso dell'Amministrazione » (1).

Il Senato lombardo-veneto coll'aulico Decreto 1 dicembre 1838, n. 3633,

(1) Vedasi in proposito, la Circolare 26 novembre 1828 del Governo lombardo, coll'aulico Dispaccio ivi inserto.

comunicato all'ufficio ipotecario di Milano dall'Appello lombardo con Decreto 10 dicembre 1838 n. 14424 « significò che fino a nuova disposizione ogni conservatore dietro l'ottenuta nomina dovrà prestare sollecitamente idonea cauzione da riconoscersi ed approvarsi a mezzo dell'i. r. ufficio fiscale centrale; siccome egualmente dopo sentito l'i. r. ufficio fiscale appartiene all'Autorità amministrativa, ossia all'i. r. Magistrato camerale di ordinare lo svincolo della cauzione ad istanza della parte interessata, e nella concorrenza degli estremi voluti dall'art. 104 del tuttora vigente Regolamento 19 aprile 1806 ».

Nel sopra citato aulico Decreto 4 gennaio 1843 pubblicato dalle Circolari 11 e 12 gennaio degli Appelli di Venezia e di Milano aggiungevasi in proposito: « Le cauzioni dei conservatori medesimi continueranno anche in avvenire ad essere riconosciute ed approvate dai tribunali civili di prima istanza dei circondarii di residenza degli uffizii delle ipoteche (escluse le preture), a termini dell'art. 103 del Regolamento 19 aprile 1806, sentita prima da essi tribunali civili, mediante il rispettivo Appello, l'imp. reg. Procura camerale, in luogo dei cessati regi procuratori. Saranno sottoposte al Senato anche quelle proposizioni di diminuzione od aumento delle cauzioni che potessero essere fatte nei sensi dell'art. 8 del Decreto 16 ottobre 1807. In fine agli stessi tribunali civili di prima istanza sono demandate le incumbenze che sostenevano i Magistrati camerali circa al tenere in evidenza le cauzioni dei conservatori, e far luogo alla periodica decennale rinnovazione delle inscrizioni ipotecarie relative alle cauzioni medesime; e così pure è demandata ad essi tribunali ogni ispezione analoga allo svincolo delle stesse, sentita anche in tal caso la Procura camerale, ed avuto riguardo a quanto è disposto nell'art. 104 del Regolamento suddetto ».

Avuto riguardo a questa posteriore sostituzione dell'autorità giudiziaria alla camerale, rimane del resto in osservanza l'aulico Decreto 8 febbrajo 1840 del Senato lombardo-veneto, pubblicato colle Circolari 18 febbrajo dello stesso anno dall'Appello veneto, e 20 dello stesso mese ed anno, n. 2735, dall'Appello lombardo: nelle quali si legge: « *a*) sul dubbio se dai conservatori delle ipoteche per ottenere lo svincolo delle loro cauzioni debba venir provato che nel corso d'un decennio dopo la loro cessazione dalle funzioni non si sia in loro confronto promossa alcuna pretensione, (si dichiara) rimettersi gl' imp. reg. Magistrati camerali coll'aulico Decreto rilasciato col consenso del Senato lombardo-veneto del supremo tribunal di giustizia, 23 ottobre 1838 n. 37107, il qual Decreto, dando la facoltà all'Autorità amministrativa di deliberare, sentito l'imp. reg. fisco sull'accettazione e svincolo delle cauzioni dei conservatori, prescrive in pari tempo che da chi insta per lo svincolo debbasi provare l'estremo voluto dall'art. 104 del Regolamento 19 aprile 1806: che cioè sino dalla di lui cessazione dalle funzioni sia decorso un decennio, e che in quel frattempo non siasi in di lui confronto elevata alcuna pretensione ».

In proposito di ciò abbiamo l'altro aulico Dispaccio 8 giugno 1840 pubblicato dai Magistrati camerali di Venezia il 29 giugno, e di Milano l'8 luglio dello stesso anno, ove si legge che: « qualora una parte od un pubblico dicastero, precisando nella sua istanza l'epoca della cessazione dal suo ufficio di un conservatore delle ipoteche, chiedesse un documento per far constare se entro il decennio successivo alla cessazione medesima fossero o meno state insinuate contro il detto conservatore delle pretensioni in dipendenza dell'esercizio delle sue funzioni, dovranno le prime istanze giudiziarie rilasciare al richiedente un certificato, secondo le risultanze dei proprii registri, o negativo, o dimostrante e comprendente tutte le singole domande che nel predetto periodo fossero state insinuate » (1).

« A tenore dell'aulico Dispaccio 30 aprile prossimo passato (si legge nelle medesime Circolari) il rilascio di detto certificato deve effettuarsi dall'autorità giudiziaria del luogo, in cui esercitò le sue funzioni il conservatore, della cui cauzione si addomandò lo svincolo ».

L'aulico Decreto 8 febbraio 1840 continua alla lettera *b*): sul dubbio se le spese prima dello svincolo incontrate per le rinnovazioni delle ipoteche relative alle prestate cauzioni, al pari di quelle per la successiva cancellazione delle ipoteche stesse, stiano a carico dei conservatori, (dichiara) significarsi di concerto col prefato Senato, che siccome i conservatori debbono sostenere le spese relativamente alla prestazione delle loro cauzioni, così dovranno sopportare pur quelle per le rinnovazioni delle relative ipoteche ».

Ed in fine la Camera aulica generale con Dispaccio 31 marzo 1844 pubblicato dall'Appello veneto con Circolare 21 agosto 1844, dichiarò non doversi ritenere obbligate le mogli dei conservatori delle ipoteche in questo regno lombardo-veneto a dare la reversale di rinuncia (alla loro ipoteca legale ottenuta per le leggi italiche), prescritta dall'aulica Normale 6 ottobre 1828, pubblicata colla Noticazione 13 novembre 1828 del Governo veneto.

§ XC.

Doveri speciali del conservatore nel rapporto dell'interesse del suo Ufficio colle altre Autorità.

Il conservatore nell'esercizio delle sue funzioni deve astenersi da atti che possono creare un'interesse contrario ai doveri che gli incombono.

(1) Questa disposizione è pure arrecata dalla Circolare 29 maggio 1840 num. 6579 dell'Appello lombardo in relazione all'aulico Decreto 21 maggio 1840 del Senato lombardo-veneto.

Epperciò nel Regolamento 19 aprile 1806 è detto all'art. 49: « Nessun conservatore che sia notajo può rogar atti che portino inscrizione d'ipoteche sui beni posti nel suo circondario «. Questa dispositiva secondo Degli Sforza è in piena osservanza tuttodì, e s'accorda con quella della sovrana Risoluzione 16 luglio 1835, la quale dichiara incompatibile la professione di notaio o di avvocato per qualunque pubblico impiegato (1).

Così pure il Direttore generale del demanio italico con Nota 14 dic. 1807 indirizzata a ciascun conservatore del regno prescriveva: « che qualora gli occorra di eseguire qualche inscrizione o trascrizione che riguardi il di lei interesse personale, e cade sopra beni situati nel circondario della sua giurisdizione, dovrà essere effettuata dal di lei aggiunto, che in questa parte eserciterà le di lei funzioni. Viceversa, se si tratterà d'inscrizioni e trascrizioni per l'interesse del di lei aggiunto, o altri impiegati a lei addetti saranno da lei esclusivamente eseguite ».

Il conservatore deve in secondo luogo osservare i rapporti di dipendenza dalle Autorità superiori, sia in prestandosi alle loro ricerche per riguardo alle sue pubbliche funzioni di conservatore, che in sommettendosi alla loro sorveglianza sull'andamento del proprio Ufficio. Nel primo riguardo deve porre attenzione alle seguenti leggi. Nella Circolare 13 marzo 1813 della Direzione generale del demanio italico leggiamo: « La prefettura del Monte Napoleone mi rappresenta che alcuni conservatori delle ipoteche si ricusano di far conoscere ai ricevitori forzosi della Cassa di ammortizzazione se tali fondi oppignorati ai debitori della medesima siano vincolati in favore dei terzi, al qual caso non si praticherebbero gli atti forzosi, che darebbero forse luogo a contestazioni, e riuscirebbero infruttuosi, tenendosi fermo dai conservatori succitati che i detti agenti non sieno esenti dal pagare il diritto di estrazione del certificato dai registri ipotecarii. Essendo indispensabile che gli agenti della Cassa d'ammortizzazione abbiano tutte le notizie necessarie a conoscere lo stato del debitore, onde non esperire degli atti infruttuosi in caso di oberazione dei medesimi, sarà perciò della di lei cura (cioè del conservatore) di prestarsi a tutte le ricerche degli agenti stessi, ritenendo che i relativi certificati da rilasciarsi devono essere esenti da ogni diritto ».

La successiva Amministrazione del demanio imperiale di Venezia colla Circolare 24 settembre 1815, rinnovava questa medesima ordinanza, « acciocchè alle ricerche che potessero venir fatte dalle predette Direzioni o ricevitori (demaniali) non abbia ad esser frapposto verun ritardo, e siano facilitate anzi tutte quelle cognizioni, che si rendessero opportune all'effetto proposto » (2). E la Direzione del demanio lombardo colla Circolare 24 maggio 1817, num. 4778, dichiarò, che le note delle inscrizioni ipote-

(1) Degli Sforza, *dir. di pegno*, append. 2, art. 48, pag. 495.

(2) Aggiungi in proposito l'altra Circolare 13 ottobre 1815 e 25 marzo 1817 dell'amministrazione del demanio veneto.

carie a favore dell' I. r. erario, che a norma del Decreto italico 31 ottobre 1807 vengono ricevute *ex officio* dal conservatore delle ipoteche, dovranno essere provvisoriamente notificate all' imp. reg. Intendenza di Finanza.

E coll' aulico Decreto 22 gennaio 1847, pubblicato colla Circolare 5 febbraio successivo, num. 2260, il Senato lombardo-veneto avvertiva gli uffizii ipotecarii lombardi che dovessero prestarsi a quelle ricerche, che venissero loro fatte dalle imp. reg. Intendenze di Finanza, allo scopo di porre le medesime in grado di conoscere le tuttora sussistenti inscrizioni prese, sia direttamente, sia dall'imp. reg. ufficio fiscale in dipendenza di cauzioni di impiegati, appalti, diritti, e crediti della Cassa d'ammortizzazione ed altri qualsiansi.

La Circolare 14 settembre 1815 dell' Appello di Venezia ordinava parimenti, dicendo: « nel riflesso che alcuno dei conservatori delle ipoteche ha creduto, col pretesto di mancanza di positive istruzioni, di non potersi prestare alle ricerche dei giudici e tribunali per l'annotazione nei pubblici registri degli atti contemplati dai §§ 411, 413 e 415 del nuovo Regolamento giudiziario, e ritenendosi che in forza delle citate disposizioni furono realmente in questa parte innovati i regolamenti sussistenti nella materia delle ipoteche, viene ordinato ai medesimi di eseguire senza ritardo tutte le ricerche che in via ufficiosa loro pervenissero dall'Autorità giudiziaria per le annotazioni da farsi dipendentemente dai citati §§, osservando nel rimanente quanto alla forma le prescrizioni sino ad ora in corso ».

Non è da ommettersi l'aulico Decreto 23 febbraio 1837 del Senato lombardo-veneto, pubblicato colla Circolare 28 febbraio 1837 dell'Appello veneto, che dispose come segue: « Le Conservazioni non saranno tenute a secondare le ricerche delle Amministrazioni (pubbliche) in quanto tendono a ripetere un elenco generale delle inscrizioni ipotecarie, per le quali va a scadere il termine decennale per la rinnovazione, ma la loro cooperazione in questo argomento dovrà limitarsi: *a*) a somministrare alle predette regie amministrazioni gli elenchi di quelle poche inscrizioni che, prese prima dell'attivazione della sovrana Patente 19 giugno 1826, vanno a scadere prima del termine delle altre prese in ordine alla Patente medesima; *b*) a secondare le ricerche che per parte delle suddette Amministrazioni venissero fatte pel riscontro degli elenchi da esse formati e desunti dal succitato registro (prescritto dalle istruzioni 22 febbraio 1827), onde riconoscere se vi fossero occorsi errori od ommissioni ».

Già per la Circolare 15 gennaio 1812 del Ministro della giustizia del cessato regno d' Italia (1), e poscia per l'aulico Decreto 4 dicembre 1835, comunicato a ciascun conservatore colla Circolare 15 dicembre 1835 del-

(1) Comunicato dal reg. Procuratore gen. al conservatore milanese con Nota 29 genn. 1842.

l' Appello veneto, dovettero i medesimi rassegnare al rispettivo Appello un progetto annuo statistico dei lavori ed introiti fatti nel proprio Ufficio ipotecario. Coerentemente agli aulici Decreti 7 giugno 1842 e 27 maggio 1843 l'Appello di Venezia colle Circolari 14 giugno 1842 e 6 giugno 1843 ordinava ai conservatori: « di stendere in avvenire l'annuale statistica, da erogarsi in doppio esemplare, precisamente come all'annessa modula anche pel formato e per la dimensione della carta; *b*) d'attenersi all'esatta osservanza dell'ultima parte dell'aulico Decreto 2 luglio 1841 n. 1512, usando cioè le sole parole: ***distinta, lodevole, sufficiente***, nelle qualifiche degli impiegati; e in fine di comprendere in avvenire nelle tabelle anche i diurnisti ».

Corrispondono a queste le Circolari 19 dicembre 1832 num. 5090, e 10 gennaio 1835 n. 499 dell'Appello lombardo.

Sono eziandio sottoposti i conservatori alla diretta sorveglianza dell'Autorità giudiziaria, come dissimo nel § LXXXVIII, la quale mediante appositi commissarii provvede a controllare di quindici in quindici giorni la regolarità dei loro ufficii: come si trova disposto nel § 14 delle istruzioni contenute nell'aulico Decreto 4 maggio 1827 del Senato lombardo-veneto, pubblicato dall'Appello lombardo colla Circolare 10 maggio 1827 n. 5152, e dall'Appello veneto colla Circolare dell'antecedente 9 maggio; e come si era prima ordinato nell'aulico Decreto 27 maggio 1826 num. 1199 del Senato lombardo-veneto, diretto dall'Appello lombardo al conservatore milanese colla Nota 9 giugno 1826, num. 6705; e come fu disposto in altre discipline posteriori, come per es. nell'aulico Decreto 19 agosto 1837, conosciuto colla Circolare 7 settembre 1837, num. 12120, dell'Appello lombardo, e nell'altro aulico Decreto 2 luglio 1841 diramato ai conservatori lombardi dall'Appello lombardo colla Circolare 8 luglio 1841, num. 7915.

§ XCI.

Del personale subalterno al conservatore, da proporsi per la nomina dallo stesso, ma da approvarsi dalla superiorità giudiziaria.

Vedemmo coll'art. 48 del Regolamento 19 aprile 1806 che gli impiegati subalterni al conservatore doveano essere nominati o rimossi dal conservatore medesimo, che ne partecipava la nomina o la rimozione al gran giudice ministro della giustizia ed al ministro delle finanze. Vedemmo altresì coll'aulico Decreto 13 marzo 1822 essersi lasciata al conservatore questa facoltà di licenziare i proprii impiegati, salvo a notificare alla superiorità giudiziaria ogni relativo cambiamento (§ LXXXVIII).

Ma da altre leggi questa facoltà del conservatore venne alquanto diminuita (1); poichè nella Circolare 31 ottobre 1820 num. 17379 della Direzione del demanio di Milano, in seguito al Decreto del giorno 7 dello stesso mese del Governo lombardo, si diffidarono i conservatori che « la facoltà, che ai medesimi si lascia per ora a termini dell' art. 48 del Regolamento 19 aprile 1806, di nominare cioè e di rimuovere i subalterni impiegati de' loro Ufficii, si ritiene subordinata sempre all' approvazione del Governo; al quale nei singoli casi dovranno i conservatori stessi far conoscere preventivamente col mezzo di questa Direzione l' idoneità delle persone che fossero per prescegliere, ed i riguardi di preferenza usati agli antichi impiegati quiescenti, giusta le incultate vigenti massime; non che i motivi di demerito o di fisica indisposizione che consigliassero le rimozioni ».

Così venne pure diminuita nell' aulico Decreto 22 ottobre 1823 del Senato lombardo-veneto, conosciuto colle Circ. 4 novembre 1823 dell'Appello veneto: « Conservato sostanzialmente l' attuale metodo di rimpiazzare i posti subalterni presso gli Ufficii delle ipoteche, si trova di determinare per quanto alle modalità che debba osservarsi quanto segue: 1. al caso di una vacanza ad un posto subalterno nel suo Ufficio, il conservatore delle ipoteche può ancora nominare un individuo di sua confidenza, ma scevro da pregiudizii, ed avuto possibilmente riguardo ai quiescienti giudiziarli; ma deve inoltrare la nomina per l' approvazione al tribunale d' appello. 2. L' appello inoltrerà sollecitamente tal nomina a questo Senato del tribunal superiore, aggiungendo il proprio parere, e dietro la seguita suprema approvazione ricercherà l' assegno del soldo a quell' imp. regio Governo. 3. Non è permesso di assumere alunni, praticanti o simili non autorizzati collaboratori presso gli Ufficii ipotecarii provvisoriamente conservati. 4. Colla presente determinazione nulla viene innovato nel metodo sussistente di rimpiazzare i posti subalterni presso gli Ufficii promiscui del registro e delle ipoteche, tuttora esistenti nelle provincie venete (2), e solo si dovrà portare sollecitamente notizia a questo Senato di qualunque variazione avvenuta nel personale. »

Nella Circolare 1 aprile 1851 dell' Appello veneto fu pur disposto che « al tribunale d' appello è demandata la facoltà di approvare l' assunzione di diurnisti anco per gli Ufficii ipotecarii. È conservato il metodo attuale nel rimpiazzo a posti vacanti presso gli ufficii ipotecarii.

La nomina dei diurnisti riflette il bisogno di provvedere ad un più o meno urgente lavoro nell' Ufficio ipotecario. In occasione dello straordinario lavoro cagionato dalle riforme della sovrana Patente 19 giugno 1826, il Senato lombardo-veneto cogli art. 12 e 13 dell' aulico Decreto 4 maggio 1827, pubblicato il giorno 9 dello stesso mese dall' Appello

(1) Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. XVI, § 74, pag 459, e append. 2, art. 48, pag. 495.

(2) Uffizii aboliti oggidì anche nel veneto dopo la legge sul bollo del 27 gennaio 1840, secondo Degli Sforza, *dir. di pegno*, appendice 2, sub art. 47, osservaz. 2, pag. 491.

veneto, e il giorno 11 successivo, al num. 5152 dall' Appello lombardo, autorizzava i conservatori ad assumere dei diurnisti d' incensurabile condotta, previa l' approvazione dell' eccelso Appello colla diaria di carantani 45, salvo al Senato di rimunerare i più attivi al termine del lavoro.

Così pure il Senato lombardo-veneto nell'aulico Decreto 19 agosto 1837, pubblicato colla Circolare 7 settembre 1837, n. 12120 dell'Appello lombardo, autorizzava in massima l' assunzione dei diurnisti nei modi prescritti nel precedente aulico Decreto 4 maggio 1827. E nella Circolare 2 luglio 1854, n. 4727, la Presidenza dell'Appello lombardo stabiliva le norme per chiedere in modo uniforme l' assunzione dei diurnisti medesimi.

Dice degli Sforza che fra gli impiegati subalterni al conservatore alcuni assunsero il nome di aggiunto, ed altri di cancellieri e di scrittori. (1). Le mansioni dell' aggiunto oltre quelle di coadjuvare il conservatore nel disimpegno dell'Ufficio, sono pure quelle altre contemplate nel Decreto italico 14 dicembre 1807, che abbiamo citato superiormente (§ XC), cioè di eseguire le inscrizioni e trascrizioni che riguardano l'interesse personale del conservatore. Ma questa è una disposizione particolare che ripete la sua ragion generale dal Regolamento 19 aprile 1806, il quale dispone nell' art. 107: » *In caso d'assenza o d' impedimento* del conservatore supplirà il suo aggiunto o l' uffiziale più anziano ». Nell'art. 108. « In caso di morte del conservatore, l' aggiunto o l'uffiziale anziano ne disimpegneranno interinalmente le funzioni »; e nell'art. 109. « Nessun conservatore rinunziante potrà abbandonare il suo posto avanti l' installazione del suo successore.

Colla sovrana Risoluzione 29 novembre 1816, pubblicata colla Circolare 10 gennajo 1817 del Governo lombardo, si accordò agli individui impiegati stabilmente negli Ufficii organizzati del regno e le loro vedove e figli orfani d' essere trattati colle norme portate dai regolamenti austriaci riguardanti le pensioni.

§ XCII.

Dei libri ipotecarii e della loro tenuta.

Il Regolamento 19 aprile 1806 dispone nel seguente art. 50: « In ogni Ufficio delle ipoteche vi saranno tre libri in carta bollata, che sarà somministrata dall' amministrazione del demanio. Uno di questi libri sarà

(1) Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. XVI in princ.

intitolato: *Registro delle consegne* degli atti e note depositate per le rispettive trascrizioni ed inscrizioni; l'altro: *Registro di trascrizione*; il terzo: *Registro delle inscrizioni* ».

Oltre questi tre registri ce ne sono tre altri: l'uno è il così detto *Repertorio*, l'altro è l'*Indice* dello stesso Repertorio; il terzo risulta dalla divisione del registro *Inscrizioni*, che è doppio; l'uno cioè è destinato a raccogliere le inscrizioni comuni, l'altro a raccogliere le prenotazioni ed i pignoramenti giudiziali. Veggansi le seguenti leggi.

Art. 87 dello stesso Regolamento 19 aprile 1806: « Oltre i tre registri giornalieri, di cui all'art. 50, il conservatore avrà un libro in foglio grande non bollato, intitolato *Repertorio* ». Art. 90 « Vi sarà finalmente un *Indice* che indicherà in ordine alfabetico tutti i nomi e cognomi inscritti nel primo Repertorio dell'Ufficio e nei successivi, colla citazione del volume e della pagina o pagine del Repertorio ove si trovano. Col Decreto italico 26 giugno 1810 il gran giudice ministro della giustizia derogando alla pratica d'inscrivere i pignoramenti esecutivi nei registri delle trascrizioni, allivò un registro speciale per quegli atti.

L'imp. reg. Senato lombardo-veneto del supremo tribunal di giustizia, con aulico Decreto 7 maggio 1828 pubblicato colla Circolare 17 giugno 1828 dell'Appello veneto, e colla Circolare 28 giugno 1828, num. 6474 dell'Appello lombardo, onde agevolare il lavoro delle inscrizioni e prevenire il ritardo occasionato da un solo registro, prescriveva che coll'anno 1829 il registro delle inscrizioni si dividesse in due, destinato l'uno a raccogliere le inscrizioni comuni, e l'altro le prenotazioni ed i pignoramenti giudiziarii; e che la forma di questo secondo registro dovesse essere quella usata per l'altro. Lo stesso Senato nella medesima occasione rilevava che la finca *beni ipotecati* sul registro delle inscrizioni fosse troppo ristretta: ed ordinava quindi che i nuovi fascicoli, di cui sarieno provveduti gli Ufficii, dovessero avere questa finca più estesa, e più ristretta invece quella dei *cangiamenti di domicilio*.

Nel Decreto italico 25 ottobre 1808 era disposto coll'art. 44: « Per le inscrizioni delle ipoteche e privilegi anteriori alle epoche rispettive dell'attivazione del Codice Napoleone si tengono libri e registri separati da quelli destinati per le inscrizioni delle ipoteche e privilegi posteriori a dette epoche ». Nei seguenti art. 45-48 si aggiungono le prescrizioni analoghe alle precedenti sulla quantità e qualità dei libri medesimi; le quali sarebbero oggidì fuor di vigore, perchè tutte quelle inscrizioni, dovendo essere state rinnovate più volte, saranno state trasportate assieme alle inscrizioni posteriori in una stessa specie di libri.

Circa la tenuta dei libri abbiamo le seguenti leggi. L'art. 52 del Regolamento 19 aprile 1806 prescrive che « ciascun conservatore deve tener pronto un sufficiente numero di libri firmati e numerizzati come sopra (art. 51), onde non sia interrotta la registrazione per mancanza di libri ».

Art. 51. Ogni foglio di detti libri sarà numerato e segnato dal presi-

sidente del tribunale civile, o dal giudice che ne farà le veci (1). Questa operazione non potrà essere differita oltre il terzo giorno, dacchè sono loro presentati i registri dal conservatore ».

Art. 83. « Le menzioni di deposito ossia di consegna, le inscrizioni e le trascrizioni sono fatte nei rispettivi registri successivamente senza lasciare verun spazio in bianco od interlinee, sotto pena contro il conservatore di mille a due mila lire di multa, o del risarcimento dei danni ed interessi delle parti, pagabili in preferenza della multa (2).

Art. 84. « In ogni giorno saranno chiusi i registri del conservatore ponendo nel registro delle consegne immediatamente dopo l' ultima memoria di consegna fatta in quel giorno, la seguente annotazione: *oggi giorno . . . . mese . . . . anno . . . . alle ore quattro pomeridiane è stato chiuso il presente Registro colla memoria di consegna num...* N. N. *conservatore*. Se in qualche giornata non seguisse alcuna consegna, il conservatore farà nel detto Registro, immediatamente sotto la sua firma del precedente giorno, l'annotazione seguente: *In questo giorno . . . . mese . . . . anno non essendo stata fatta alcuna consegna, è stato chiuso il presente registro alle quattro pomeridiane.* N. N. *conservatore* ».

Art. 85. « Gli altri due registri di trascrizione ed inscrizione si chiudono facendovi il conservatore sotto l' ultima trascrizione od inscrizione appartenente al giorno la seguente annotazione: *Il registro di trascrizione o d' inscrizione del giorno . . . . è chiuso colla trascrizione o inscrizione del num. . . . che è l' ultima che dovea farsi sotto la data di detto giorno, come appare dal registro di consegna vol. . . . pag. . . .* N. N. *conservatore*. Se in qualche giorno non vi sia stata alcuna trascrizione od inscrizione da farsi, si chiudono colla seguente annotazione immediatamente sotto la firma del giorno precedente: *Sotto questo giorno . . . . mese . . . . anno . . . . non vi è stata alcuna trascrizione od inscrizione da farsi, come appare dal registro di consegna, vol. . . a carte . . .* N. N. *conservatore*.

In occasione della riforma operata dalla sovrana Patente 19 giugno 1826, gli Ufficii conservatori doveano trovarsi caricati oltremodo di lavoro, quantunque fosse accresciuto il numero degli impiegati, non potendo essi trascrivere contemporaneamente ed ordinatamente le inscrizioni sopra un medesimo registro. Per la quale urgenza nelle Istruzioni contenute nell' aulico Decreto 4 maggio 1827 del Senato lombardo-veneto, pubblicate dall'Appello lombardo colla Circolare 10 maggio, num. 5152, e dall' Appello veneto colla Circolare 9 maggio di quest' anno medesimo si concedeva agli Ufficii medesimi l' instituzione dei registri sussidiarii sì di consegne, che d'inscrizioni, al momento di un bisogno di fatto, inscrivendovi le sole insinuazioni ordinate dalla sovrana Patente 19 giugno

(1) L' identica disposizione è contenuta nell' art. 2201 del Codice Napoleone.

(2) Corrisponde all' art. 2203 del Codice Napoleone.

1826. Si concedeva di più che i fogli di detti registri si potessero distribuire a più scrittori per la più sollecita registrazione, conservando però il numero progressivo coll'interlineare gli eventuali spazii in bianco, chiudendo ciascun foglio colla clausola ordinata dagli articoli 84 e 85 del Regolamento 19 aprile 1806, indi riunendoli in volumi da denominarsi *Registri sussidiarii*. Lasciavasi pure facoltà di adottare l'uso di indici e repertorii sussidiarii, purchè i conservatori ne sottoponessero all'Appello la dettagliata proposizione. E l'aulico Decreto 4 settembre 1827 dello stesso Senato lombardo-veneto, diramato colla Circolare 12 settembre 1827, num. 9230 dall'Appello lombardo, e coll'altra 11 settembre dello stesso anno dall'Appello veneto, confermava queste transitorie disposizioni, aggiungendo che i registri sussidiarii si dovessero considerare come parte integrante dei registri correnti, essendo instituiti per solo caso di bisogno, e per la più sollecita registrazione delle insinuazioni; che però non erano destinati a formare una separazione tra le inscrizioni correnti e quelle prescritte dalla sovrana Patente 19 giugno 1826; che gli indici e repertorii sussidiarii si dovessero attivare appena che apparisse un'arretrato di quindici giorni; e tralle altre disposizioni si aggiungeva pur quella, che nell'edizione dei certificati si dovessero comprendere le risultanze dei registri correnti e dei sussidiarii.

Così pure lo stesso Senato lombardo-veneto coll'aulico Decreto 7 maggio 1828, che abbiamo or ora citato, dispose che, se anche a fronte dell'ordinata partizione del registro inscrizioni in due, per le inscrizioni comuni e per le prenotazioni e i pignoramenti, l'Ufficio ipotecario si trovasse in arretrato d'inscrizione per oltre sette giorni, potrà usare del rimedio straordinario della distribuzione dei fascicoli d'inscrizione giusta il Decreto aulico 4 maggio 1827; e dovrà farne contemporaneo rapporto all'Appello per quei provvedimenti che reputasse del caso. Sarà cura del resto di ogni conservatore di non distrarre lo scrittore o gli scrittori destinati all'inscrizione in altre mansioni, finchè non abbiano ultimato il loro lavoro.

§ XCIII.

Ricevimento delle domande dei privati; loro annotazione nel registro consegne, col rilascio del riscontro al presentatore.

Per assicurare l'esattezza dei conservatori circa il mantenere l'ordine delle inscrizioni, come scrisse Favard de Langlade, e per impedire che l'ordine medesimo potesse essere invertito, sono essi obbligati di portare su di un registro particolare giorno per giorno e per ordine numerico tutti gli atti e le note che venissero loro rimesse (1): secondo che è comandato nell'art. 2200 del Codice Napoleone, ed è pure prescritto nel Regolamento 19 aprile 1806 nei seguenti articoli.

Art. 59. « Le presentazioni che si fanno al conservatore degli atti e delle note relative, come all'art. 53, devono essere dal medesimo inscritte nel registro delle consegne giorno per giorno e con ordine numerico progressivo. In questo primo registro indica soltanto la persona che ha fatta la presentazione, la data e la natura dell'atto depositato, e la presentazione delle due note da trascriversi o da inscriversi. Se gli fossero stati presentati altri atti in ordine all'art. 54, indica solo il loro numero ».

Nel Decreto 17 dicembre 1808 del direttore generale del demanio lombardo, il ministro di giustizia del cessato regno d'Italia dichiarava che l'ordine numerico stabilito in questo articolo pel registro delle consegne dovesse ricominciarsi al principio di ogni anno.

Il registro delle consegne, osserva Degli Sforza, non è che un generale e giornaliero protocollio di tutte le domande che vengono presentate all'ufficio di conservazione (2). Donde inferiamo che la priorità d'un'ipoteca viene stabilita nell'ordine con cui ella fu annotata in questo registro, piuttostochè nel successivo registro delle iscrizioni o nel Repertorio.

Il conservatore, secondo l'art. 60 del succitato Regolamento, dovrà dare immediatamente a chi lo domanda un riscontro in carta bollata, nel quale si esprimeranno, oltre la consegna dettagliata come sopra, la data ed il numero dell'annotazione fatta nel primo registro delle consegne. Collo stesso numero e data sono marcate dal conservatore le rispettive note ». Simile, anzi identica nel fondo, è la disposizione dell'art. 2200 del Codice Napoleone.

Col Dispaccio 7 febbrajo 1811 il Ministro di giustizia del menzionato regno

(1) Favard de Langlade, *Repert.* V. *inscription hyp.* sect. 3.

(2) Degli Sforza, *Dir. di pegno*. Cap. XVI, § 74. pag. 161.

d'Italia (1), rispondendo a' dubbj promossi dal conservatore di Milano, dichiarava che le domande di cancellazione e riduzione non sono insinuate nel registro consegne, ma si ritengono in filza separata, e se ne fa una semplice annotazione in margine alla relativa inscrizione.

Vedasi nel successivo § XCVII altre disposizioni relative promiscuamente a questo riscontro e alla restituzione del duplo delle note.

XCIV.

Qual esame può o deve fare il conservatore all'atto della presentazione delle note e dei titoli per l'inscrizione ecc.; se possa rifiutarsi ad una domanda difettosa.

In diversi luoghi della precedente trattazione abbiamo indicato i doveri del conservatore sia nell'esame, che nell'accoglimento o rifiuto delle domande presentategli dai privati: specialmente per ciò che riguarda la forma del titolo per la inscrizione o cancellazione, e per le note relative sì di esse, che delle rinnovazioni decennali. Per le quali cose ci riferiamo a quanto abbiamo dedotto nel § XXI circa le forme del titolo, da cui nasce il diritto all'ipoteca: nei §§ XXIV, XXV e XXVII circa la presentazione del medesimo titolo e degli atti giustificanti l'interessenza del terzo che la domanda invece di un'altro, e circa la presentazione delle due note conformi per l'inscrizione: nel § XXXV circa la presentazione del titolo creditorio originale nel caso che non fosse stato esibito al giudice che ha concesso il decreto della prenotazione: nel § XLIX circa le rinnovazioni; nel § LIX circa l'inscrizione dei pignoramenti; e finalmente nel § XLVIII, num. 4 e 5 ove abbiamo detto tralle altre cose che il conservatore non è obbligato e non può rifiutarsi alla domandata inscrizione, quando pur rilevasse de' difetti intrinseci nel titolo ipotecario (non però nella sua forma autentica). Ivi citammo l'art. 2199 del Codice civile francese ed italico che proibisce ai conservatori di ricusare o ritardare in verun caso la trascrizione degli atti di mutazione, l'inscrizione dei diritti ipotecarj, o il rilascio dei certificati che loro sono richiesti, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi delle parti. Citammo l'art. 101 del Regolamento 19 aprile 1806, che riproduce questa medesima disposizione. Citammo l'art. 7 del Decreto italico 25 ottobre 1808 per dimostrare che l'inscrizione come esagerata non nuoce ai terzi, quindi il conservatore non risponde affatto della legittimità sua. Come pure citammo la Circolare 17 aprile 1809 del Ministro della giustizia che dichiarò: « il conoscere se un atto produca o non produca ipoteca non

(1) Circolato dal reg. procuratore gen. al conservatore milanese l'8 febbrajo 1811.

spetta ai conservatori, ma bensì ai competenti tribunali, ove ciò venga contestato; ogniqualvolta pertanto gli atti che vengono presentati portino i caratteri di autenticità prescritti dall'art. 56 del Regolamento 19 aprile 1806 (nostro § XXI n. 2), dovranno dai conservatori riceversi e registrarsi senza ulteriore indagine ». A queste direttive s'aggiunga quella della Circolare 30 gennajo 1818 della Direzione generale del demanio veneto, nella quale diceva: « giacchè il conservatore non deve minimamente conoscere dei diritti che derivar possono alle parti dipendentemente da siffatta inserizione (per un titolo d'affitto antecedente all'attivazione del vigente Codice civile), ed è sempre libero in caso di contestazione di ricorrere ai tribunali competenti..... » E il Senato lombardo-veneto con Decreto 2 aprile 1823, circolato dall'Appello veneto il giorno 11 aprile dello stesso anno, ha pure inculcata la stessa massima: « che il conservatore debba eseguire le prenotazioni ordinate dall'autorità giudiziaria, omesso ogni esame, se nel frattempo fosse avvenuto o meno qualche cambiamento relativamente alla proprietà ed al possesso dei beni stabili ». Così lo stesso Senato lombardo-veneto coll'aulico Decreto 4 maggio 1827, ossia nell'art. 17 delle Istruzioni diramate dall'Appello veneto colla Circolare 9 maggio 1827, e dell'Appello lombardo colla Circolare 11 maggio 1827, num. 5152, relativamente all'esatta esecuzione della sovrana Patente 19 giugno 1826, raccomandava al conservatore « d'aver presente che a lui non ispetta il portare le sue ispezioni sull'eventuale insussistenza e nullità dell'inscrizione, bastando per le sue operazioni che la insinuazione sia apparentemente regolare ». Abbiamo ancora la Circolare 4 settembre 1827 dell'Appello veneto, e la Circolare 5 settembre 1827 dell'Appello lombardo, ambedue del seguente tenore: « L'i. r. Senato lombardo-veneto del supremo tribunal di giustizia col Decreto 31 agosto decorso n. 2474 indicò essersi riconosciuto che qualche Ufficio ipotecario in Lombardia restituì alle parti le note, colle quali volevano rinnovare le precedenti inscrizioni, pel motivo che, computato il decennio del dì 20 giugno 1826 sarebbesi questo compiuto prima dell'epoca in cui si produssero le note suddette. Non ispettando agli Uffizii ipotecarii il conoscere di questioni, che in ogni caso dovrebbero trattarsi innanzi ai tribunali, e perchè si evitino le conseguenze di un tal procedere anche nelle provincie venete, ove potesse introdursi, il Senato lombardo-veneto incaricò l'Appello di far conoscere agli uffizii suindicati i limiti delle loro attribuzioni, segnati nel Regolamento ipotecario 19 aprile 1806, e nell'art. 17 delle istruzioni 4 maggio 1827; e che in ispecie non ispetta ad essi il decidere se la rinnovazione siasi richiesta o no in tempo. »

L'Appello lombardo con nota 25 agosto 1827, num. 8509, dichiarava alla Presidenza del tribunale civile di Milano di non poter permettere che il conservatore rifiuti quelle note di rinnovazione, in cui sia enunciato l'attual possessore del fondo, e siansi indicati i confini del fondo ipotecato,

per seguire la sua privata opinione che la nota di rinnovazione non debba essere che una copia della prima nota.

Lo stesso Appello con sua Nota 29 marzo 1828, num. 3312-1108, inculcava al conservatore milanese la massima: che non devono i conservatori respingere che quelle insinuazioni che *esternamente* risultino irregolari ed insussistenti.

Il Senato lombardo-veneto coll' aulico Decreto 19 agosto 1837 conosciuto colla Circolare 7 settembre 1837, num. 12120 dell' Appello lombardo, ripeteva la regola che i conservatori non debbono indagare se e come possono essere valide le inscrizioni e rinnovazioni, per le quali gli inscriventi producono le loro note, nè saranno da ripulsarsi quelle note che comprendono simultaneamente il debitore ed i terzi possessori.

Questa medesima proibizione rinnovavasi nell' aulico Decreto 7 dicembre 1838 dello stesso Senato lombardo veneto, come si può vedere nell' art. 2 della Circolare 15 dicembre 1838 dell' Appello lombardo (1).

Il conservatore deve adunque esaminare soltanto se il titolo presentato sia autentico e redatto secondo le formalità esteriori volute dalle leggi per noi esaminate nel § XXI.

Deve ancora esaminare le note; le quali *devono essere apparentemente regolari*, secondo che disse il Senato lombardo-veneto nell' ora citato aulico Decreto 4 maggio 1827, e secondo che più esplicitamente avea precisato lo stesso Senato quando nell' art. 172 dell' aulico Decreto 4 marzo 1823, circolato dall' Appello lombardo il 2 aprile 1823, avvertiva i conservatori di non inscrivere ipoteche convenzionali generali. Collo stesso intendimento avea pure l' Appello lombardo colla Nota 21 maggio 1825 n. 5190-5226 proibito al conservatore milanese d' inscrivere simili ipoteche generali, od alcuna ipoteca esecutiva senza il corrispondente decreto del giudice. Avea pure prescritto il direttore generale del demanio del cessato regno d' Italia nella Circolare 15 maggio 1809, nella quale partecipava al conservatore delle ipoteche in Vicenza che « siccome giusta il disposto dell' art. 2132 del Codice Napoleone, il creditore non può chiedere l' inscrizione d' una ipoteca convenzionale o di un credito condizionale relativamente alla sua esistenza o indeterminato nel suo valore, se non sino alla concorrenza di un valore, che giusta la stima deve espressamente dichiararsi dallo stesso creditore, e che dal debitore può farsi ridurre se vi sarà luogo; così le note per tali non devono riceversi, sebbene riguardino crediti o diritti anteriori al Codice Napoleone, se esse non indicano il valore del credito o del diritto che si vuol fare inscrivere, comunque trattisi anche di diritto indeterminato o condizionale . . . ».

Nello stesso sistema l' Appello veneto con sue Circolari 22 giugno e 30 dicembre 1816, suggeriva ai conservatori, per prevenire qualunque pernicioso equivoco, la cautela di obbligare gli inscriventi a far cenno

(1) Degli Sforza, *dir. di pegno*, append. XX, pag. 625, 626.

nelle relative domande della loro paternità e di quella pur anco dei loro debitori (1). Potrebbe e dovrebbe il conservatore rifiutare le due note se risultassero non concordi tra di loro: come importa il Decreto 1 agosto 1853 del Ministero di giustizia, conosciuto per la Circolare 20 agosto successivo, n. 9643 dell'Appello lombardo; il quale v' aggiunse che ove non fosse possibile ai conservatori di collazionare le due note all'atto stesso che vengono presentate, debbano inscrivere le note medesime nel registro delle consegne, ed indi collazionarle al più tardi entro il secondo giorno dalla data dell'inscrizione, ponendovi a piedi, nel caso di che trattasi di discordanza, il motivato decreto di restituzione, la quale dovrà procurarsi sollecitamente, acciò le parti possano analogamente alle circostanze provvedere alla loro indennità.

Nei casi di rifiuto in genere suggerisce Degli Sforza che il conservatore faccia annotazione nel registro delle consegne del solo numero della presentazione di quegli atti o di quelle note irregolari (2). Ma questa conclusione come troppo generale non mi piace; perchè temo che una siffatta annotazione non valga presso i terzi; in confronto ai quali l'inscrizione ipotecaria può contare solo e dal giorno in cui fosse regolarmente ricevuta nel registro consegne. Il conservatore, nel chinare a benigna indulgenza verso il presentatore, pregiudicherebbe ai terzi, ed offenderebbe la legge, in quanto ebbe da questa l'incarico d'invigilare alla regolarità estrinseca del titolo e delle note ipotecarie. Degli Sforza è vero avrebbe potuto corredare la sua opinione dell'autorità dell'art. 17 delle Istruzioni contenute nell'aulico Decreto 4 maggio 1827, e pubblicate colla Circolare 9 maggio 1827 dell'Appello veneto, e colla Circolare 11 maggio 1827 n. 5152 dell'Appello lombardo, ove si disse che: « qualora per la gran massa delle insinuazioni prodotte non avesse il conservatore potuto esaminare tutte quelle note che fossero rimaste arretrate coll'ultimo giorno del 1827, e quindi non avesse potuto la parte essere avvisata di quel difetto estrinseco, per cui dovrebbero respingersi, *ma al quale avrebbe riparato in tempo*, dovrà il conservatore renderne avvertita la parte a breve termine onde corregga, volendo, la estrinseca rilevata irregolarità; ed in tal caso si farà la registrazione, come se l'atto fosse stato emendato in tempo. Dovrà per altro il conservatore aver cura che ciò segua prima della chiusura definitiva . . . ». Ma anche da questa legge, ove si considerino attentamente le circostanze entro le quali fu prodotta, non si potrebbe dedurre un argomento valido per l'opinione che avversiamo. Avvegnachè questa legge fu fatta per agevolare le innumerevoli inscrizioni e specializzazioni ordinate dalla sovrana Patente 19 giugno 1826; quindi si limitò alle note e titoli presentati e da inscriversi prima del termine assegnato in quest'ultima legge

(1) Vedi nostro § XXIV, num. 6, vol. 1, pag. 525.

(2) Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. XVI, § 74 pag. 461.

e nelle successive che l' hanno prorogato (1): dal che inferiamo la ragione speciale di questa legge specialissima: che siccome il conservatore dovea esaminare la regolarità dei documenti e delle note all' atto della loro presentazione; siccome in occasione della riforma del 1826 i conservatori non ebbero tempo bastevole a quell'esame, e quindi potea avvenire che si esaminassero dopo trascorso il termine assegnato dalla succitata Patente e dalle leggi posteriori, e non si potessero più correggere senza un grave danno del presentatore; così era provvidenza necessaria, ma speciale in quel caso, che al presentatore si avvertissero in tempo utile le irregolarità della sua domanda perchè le correggesse, e che questo tempo utile potesse essere protratto ad un termine posteriore per le circostanze speciali d' allora; ma che nei tempi ordinarii non si potesse sanare per tal modo la difettosa presentazione, e la sua domanda prima d' essere accettata dal conservatore dovesse essere esaminata, e se irregolare respinta.

§ XCV.

Le note per l' inscrizione, trascrizione od annotamenti si trascrivono nel registro inscrizioni, trascrizioni o pignoramenti, coll' ordine del libro consegne.

Assicurato l' ordine dell' ipoteca e di tutti gli atti attinenti alla medesima colle annotazioni fatte sul registro o protocollo delle consegne, viene la vera ed effettiva inscrizione o trasporto delle annotazioni e delle note sopra un altro apposito registro: cioè nel registro delle trascrizioni, quando queste erano o fossero reputate necessarie: sul registro ordinario delle inscrizioni per le ipoteche convenzionali; sopra un' altro registro per i pignoramenti esecutivi e per le prenotazioni: e sopra l'uno e l'altro registro per le rinnovazioni o gli annotamenti marginali di subingresso, di suppegno, delle mutazioni di domicilio, delle riduzioni e delle cancellazioni. In ordine a queste pratiche sono a consultarsi le seguenti leggi: cioè il Regolamento 19 aprile 1806 nei seguenti articoli.

Art. 62. « Il conservatore copia nel registro di trascrizione l' atto che deve trascriversi, per intero, o la nota relativa all'atto, che può trascriversi per estratto ». E questo in riguardo alle trascrizioni. Per le vere inscrizioni è soggiunto: « Nel registro delle inscrizioni (il conservatore) copia la nota che gli sarà stata presentata, ed appone al margine della trascrizione od inscrizione il numero e la data della presentazione corrispondente al registro delle consegne ».

(1) Vedi § XXII, num. 5, vol. 1, pag. 496.

Art. 61. « Egli (il conservatore) non può trascrivere od inscrivere l'atto o le note nei registri a ciò destinati, se non colla data o secondo l'ordine delle consegne che gli sono state fatte ».

Sotto il governo delle leggi italiche, quando erano permesse e necessarie le trascrizioni, il conservatore, per gli art. 6 e 70 dello stesso Regolamento 19 aprile 1806, ossia per l'art. 2108 del Codice Napoleone, era obbligato di fare *ex officio* l'inscrizione nel suo registro dei crediti risultanti dall'atto di alienazione che gli fosse stato presentato per la trascrizione; e ciò tanto a beneficio del venditore, quanto di coloro che ivi apparissero aver somministrato il danaro per la compera. Nel citato art. 70 erano indicate le forme, colle quali dovea il conservatore praticare l'officiosa inscrizione di quel privilegio, e in riguardo all'indicazione del domicilio del creditore, se questi non ne avesse indicato alcuno, dovea il conservatore eleggerlo per lui presso il regio procuratore del tribunale civile di prima istanza del suo circondario. L'Appello veneto con sua Circolare 10 agosto 1815 modificò quest'ultima disposizione, ingiungendogli che eleggesse il domicilio presso la corte od il tribunale rispettivamente esistente nel luogo, in cui lo stesso conservatore si ritrova, dacchè le regie Procure e le regie Procure generali in esse Corti o tribunali sonosi concentrate. Ma venne la sovrana Risoluzione 9 dicembre 1845 ad abolire del tutto queste pratiche, dicendo: « Non sussistendo a sensi della vigente legislazione civile il diritto di privilegio, che a termini del Codice civile italiano competeva al venditore di un immobile sul prezzo insoluto (1), è cessato nei conservatori delle ipoteche il dovere, e così pure il diritto di praticare la inscrizione d'ufficio, che era ordinata dagli articoli 6 e 70 del Regolamento 19 aprile 1806: salvo ai venditori di guarentirsi del prezzo delle vendite mediante inscrizione da rilevarsi da loro stessi sui beni dei compratori (2). »

In riguardo all'inscrizione dicemmo altre volte che il conservatore deve copiare religiosamente la formula contenuta nel duplo delle note che gli furono presentate (§ XXVII); e se queste contenessero un gran numero di beni dettagliatamente descritti per essere sottomessi all'ipoteca, il conservatore, secondo che rescrisse il Ministro francese di giustizia il giorno 11 gennaio 1809, deve indicare con precisione ciascuna partita di essi, come si trattasse d'una sola (3). Però la menzione degli stabili, come inutile dovrebbe essere ommessa nell'inscrizione della sentenza confermativa della già seguita prenotazione: ad eccezione del caso in cui o la parte nella sua nota, o l'atto su cui essa si fonda apportasse una restrizione ai beni abbracciati nella già seguita prenotazione; nel qual caso si dovrà procedere come in qualunque altra riduzione dei beni ipo-

(1) V. il nostro § XLVII, num. 10.

(2) Questa sovrana Risoluzione fu pubblicata colla Circolare 3 febbraio 1846 dell'Appello veneto, e colla Notificazione del Governo lombardo dell'istessa data.

(3) Sirey, *Jurisprudence*, tom. 9, par. 2, pag. 66.

tecati. Massime queste, che si trovano sancite nell' aulico Decreto 3 ottobre 1828 del Senato lombardo-veneto, conosciuto colla Circolare 10 ottobre 1828, num. 10604 dell'Appello lombardo.

Consultato il ministro italico della giustizia sul modo con cui debbano i conservatori procedere coll' annotamento nei loro registri degli atti di subingressione per cessione, trapasso, ecc. di un credito o di un diritto qualunque, pel quale già esista un'iscrizione ipotecaria, diè fuori col rescritto 8 febbraio 1811 le direttive che abbiamo registrate sotto il § LI, num. 10 (1), nel cui art. 3 leggevasi: « Siffatto annotamento indicherà sempre la data del giorno in cui venne fatta la relativa istanza. Siccome poi nei registri, i quali hanno sin qui servito alle inscrizioni ipotecarie, non si avrà una finca destinata agli annotamenti in discorso, così questi nel registro consegne si porranno nella finca *osservazioni*, ed in quello delle inscrizioni nella finca *cambiamento di domicilio*, sempre però a canto dell' inscrizione che già esista a favore del cedente ».

Un' attenzione speciale deve avere il conservatore quando si trattasse di praticare una riduzione od una cancellazione, per i danni irremediabili che ne conseguirebbero a carico dei privati e sotto la responsabilità sua propria: a differenza di quando si trattasse d' una semplice inscrizione o d' un annotamento di subingresso o di suppegno; chè allora basterebbe che badasse a trascrivere letteralmente la nota presentata. Quindi il Regolamento 19 aprile 1806 prescrisse in modo speciale negli art. 78 e 82 le pratiche che devono dal prudente conservatore osservarsi. Art. 78: « I conservatori si uniformeranno nello stendere l'annotazione dei cancellamenti o delle riduzioni delle ipoteche all' atto di consenso, od alla sentenza, tanto per la quantità della riduzione, quanto rapporto alle condizioni e riserve appostevi ». Art. 82. « L' annotazione della cancellazione, o riduzione delle inscrizioni, e così gli altri annotamenti, di cui nei due articoli precedenti (cambiamento di domicilio, rivocazione della donazione trascritta), si fanno in margine della inscrizione, citando in fine dell' annotamento l' atto, in ordine al quale fu fatto, ed indicando la filza ov' è collocato, ed il numero apposto al medesimo (2). Se in margine della inscrizione non vi sia luogo di scrivere l' annotamento per intero, questo si scrive nel registro corrente delle inscrizioni nella data del giorno in cui sarà fatto, indi in margine della inscrizione si citerà il volume e la data del suo registro, indicando se sia cancellazione, riduzione o semplice cambiamento di domicilio ».

Il conservatore non potrebbe praticare alcuna cancellazione, se nei documenti esibitigli a questo fine non apparisce del consenso diretto o del creditore inscritto (3), o dei creditori che avessero ottenuto sull' inscrizione originaria un' annotamento di subingresso, di postergazione o di

(1) Vol. 2, pag. 115.

(2) Vedi di ciò nel § LXXXIV.

(3) Vedi di ciò nel § LXXXVI.

suppegno: come si rileva dall' aulico Decreto 18 luglio 1829 del Senato lombardo-veneto, conosciuto colla Circolare dell'Appello veneto 28 luglio 1829, e colla Circolare 29 luglio 1829, n. 7769 dell'Appello lombardo, ove si prevengono gli ufficii ipotecarii di « non dar corso a qualsiasi domanda di cancellazione d' un' inscrizione rinnovata a termini della sovrana Patente 19 giugno 1826, se non abbiano previamente presa ispezione della primitiva inscrizione, onde assicurarsi che sia sciolto il vincolo che per avventura gravitava sopra l'inscrizione originaria, e che era annotato in margine alla medesima ».

Abbiamo ancora un rescritto, in data 3 marzo 1808, del regio procuratore generale italico, diretto al conservatore delle ipoteche in Vicenza, in riguardo alle ipoteche notificate sotto la cessata Repubblica veneta; nel quale dicevasi come il ministro della giustizia avesse rilevato « che, secondo i metodi anticamente vigenti in questi luoghi, il cancellamento, la riduzione od il subingresso nelle ipoteche registrate sui libri delle notifiche non si eseguisce che con nuove notifiche. Che siccome però è massima, che le ipoteche anteriori all' attivazione del Codice Napoleone debbano purgarsi e togliersi coi metodi antecedentemente vigenti, così trova essa (S. E.) conveniente che il conservatore debba prestarsi coi modi soliti alla registrazione sui libri delle notifiche portanti l' effetto di cancellamento, riduzione e subingresso in ipoteche risultanti da notifiche antecedenti. Quanto poi alle domande di subingresso in ipoteche risultanti da notifiche antiche, nelle quali non siasi indicata la natura e situazione dei fondi ipotecati, non trova l'Eccellenza sua potervi essere difficoltà, perchè il conservatore vi si presti; mentre con ciò non si viene ad introdurre una nuova ipoteca, ma soltanto a trasportarne una già esistente da persona ad altra. »

E diffatti vedemmo nel § XXII, num. 5, e coll' art. 4 del Decreto italico 25 ottobre 1808, che si mantennero in vigore le antiche ipoteche convenzionali generali (1); e di più, cogli art. 44-48 dello stesso Decreto si accomunarono all'inscrizione di queste ipoteche, non inscritte dapprima al libro delle notifiche (esclusivo alle provincie venete), le stesse disposizioni ordinate nel Regolamento del 1806 per l'inscrizione delle ipoteche posteriori. E quando tutte le ipoteche occulte dovettero inscriversi, e le generali specializzarsi per la sovrana Patente 19 giugno 1826, per siffatte operazioni furono conservate le stesse modalità, come si vede nell' art. 20 di quella legge riformatrice: « Per le operazioni ordinate nella presente legge gli ufficii delle ipoteche applicheranno i libri e registri ordinarii correnti delle inscrizioni. Pei trasporti delle trascrizioni degli uffizii esteri applicheranno i libri e registri ordinarii correnti delle trascrizioni. La responsabilità dei conservatori delle ipoteche stabilita nel Regolamento 19 aprile 1806 si estende anco agli oggetti contemplati nella presente legge ».

(1) Vol. 1, pag. 490.

§ XCVI.

Della registrazione nel Repertorio e nell' Indice.

Oltre i suddetti quattro registri delle consegne, delle trascrizioni, delle iscrizioni ordinarie e delle prenotazioni e pignoramenti, abbiamo detto che ci ha il Repertorio e l'Indice. Il Regolamento 19 aprile 1806 regola la tenuta del Repertorio nel seguente:

Art. 87. « . . . il conservatore avrà un libro in foglio grande non bollato intitolato Repertorio, nel quale le rispettive trascrizioni ed inscrizioni, e le annotazioni di volta in volta che si faranno, saranno riportate sotto il rispettivo nome di tutte le persone, a favore, od a carico delle quali saranno seguite ».

Art. 88. « Ad ogni nome sarà assegnata almeno una facciata, ed ogni facciata sarà divisa in due colonne. La colonna a sinistra servirà per le trascrizioni od inscrizioni attive, e la colonna a destra per le passive. Le cancellazioni e riduzioni delle inscrizioni si riportano nella colonna dell'attivo sotto il nome, a carico del quale erano fatte le inscrizioni, e nella colonna del passivo sotto il nome, a favor del quale erano fatte le inscrizioni. Allorchè la facciata assegnata ad un nome sarà empita, si assegna a quel nome un'altra facciata, indicando la pagina del Repertorio, ove quel nome è riportato ».

Art. 89. « Le trascrizioni od inscrizioni, cancellamenti o riduzioni si riportano nel Repertorio, indicandone per estratto le parti sostanziali, e citando in margine il volume e pagina del registro ove esistono, il numero e la data di ciascheduna in modo che il conservatore possa essere in grado di rilevare al momento lo stato della persona nei suoi registri, o di rilasciare i certificati che gli fossero chiesti, senza ommissioni od errori ».

Le formule contenute in questi Repertorii non potrebbero bastare per sè sole ai certificati, perchè troppo brevi, e destinate soltanto ad indirizzare la ricerca dei libri ordinarj delle inscrizioni. Per la qual cosa il Senato lombardo-veneto coll' aulico Decreto 11 aprile 1829, pubblicato colla Circolare 22 aprile 1829, num. 4142 dell'Appello lombardo, ordinava che dovesse evitarsi nei Repertorii qualunque prolissità non corrispondente allo scopo di questa specie di libri: come avea pure prescritto nell'art. 6 delle Istruzioni contenute nell'aulico Decreto 4 settembre 1827, pubblicato colle Circolari 11 e 12 settembre dello stesso anno dagli Appelli di Venezia e di Lombardia.

Per l'art. 90 del Regolamento del 1806 vedemmo che il Repertorio dev' essere utilizzato da un Indice che indichi in ordine alfabetico tutti i nomi e cognomi inscritti nel primo Repertorio dell' uffizio e nei successivi, colla citazione del volume e della pagina o pagine del Repertorio, ove si trovano. « Questa annotazione nell'Indice, vi si soggiunge, dovrà farsi immediatamente di volta in volta che sarà inscritto o riportato ciascun nome e cognome nel Repertorio ».

E nell' aulico Decreto 7 maggio 1828 del Senato lombardo-veneto, pubblicato colla Circolare 17 giugno 1828 dell'Appello veneto, si ordinava che coll' anno 1829 gli Indici alfabetici dovessero essere suddivisi a tre lettere iniziali, invece che a due, per rispetto a quelle lettere che l'esperienza avesse dimostrato essere le più caricate di nomi; e che coll' introduzione di questi nuovi Indici i nomi che verranno indicati dalle successive produzioni vi si annotassero: coll'avvertenza però, che se alcuno di questi nomi apparisse già annotato sugli Indici vecchi, ed avesse perciò la sua partita sul Repertorio, si dovrà annotare questa stessa partita, la cui serie progressiva sul Repertorio non deve interrompersi.

Per l'art. 46 del Decreto italico 25 ottobre 1808 quelle disposizioni del Regolamento 19 aprile 1806 si fecero valere anche per le ipoteche concesse prima dell'attivazione del Codice Napoleone; e per l'art. 29 della sovrana Patente 19 giugno 1826 si mantennero in vigore anche per le inserizioni e specializzazioni ordinate da quella legge.

Il Ministro della giustizia del cessato Regno d' Italia colla Circolare 15 gennaio 1812 (1) raccomandava che, oggetto non meno interessante deve dai conservatori riguardarsi l' esatta tenuta dei Repertorii e degli Indici, unico mezzo atto a render facile il rinvenimento delle inscrizioni, e pronto il rilascio dei certificati ».

§ XCVII.

L' inscrizione fatta deve essere annotata sulle due note presentate dalla parte; e l' una di esse si trattiene in uffizio, l' altra si restituisce a chi presenta il riscontro della presentazione delle medesime.

Il Regolamento 19 aprile 1806 continua a prescrivere nell'art. 86: « I conservatori in margine alle note da trascriversi od inscriversi, che dovranno essere ritenute nell' uffizio, segneranno il volume ed il numero della relativa trascrizione od inserizione. Queste note saranno accuratamente conservate e classificate secondo l' ordine numerico in tante cartelle, non solo per la conservazione del ricapito giustificante la regola-

(1) Spedita dal reg. procuratore gen. al conservat. milanese con nota 20 gennaio 1812.

rità del registro, ma anco per facilitarne il ritrovamento in ogni occorrenza ». E questo per l'una delle due note presentate dalla parte, la quale si deve per questo fine conservare in uffizio. In riguardo all'altra lo stesso Regolamento dispone nell' art. 63 : « Seguita la trascrizione od inscrizione, egli (il conservatore) restituisce a chi gli presenta il riscontro, di cui all'articolo 60 (§ XCIII), il documento originale o la copia dello stesso unitamente ad una delle note che gli fossero state consegnate, col certificato di avere eseguita la trascrizione od inscrizione, scritto ai piedi del documento o della nota, esprimendo il volume ed il numero del suo registro e la somma pagata pel medesimo ». Questa disposizione è simile a quella dell'art. 2150 del Codice Napoleone, che abbiamo esaminata sotto il nostro § XXVII.

In esecuzione dell' aulico Decreto del Senato lombardo-veneto in data 18 agosto 1842, l' Appello veneto con Circolare 23 agosto dello stesso anno, e l' Appello lombardo con Circolare 25 agosto num. 10180, pur dello stesso anno, commisero alle conservazioni delle ipoteche, « riguardo ai dupli delle note presso di esse giacenti, di tener continuamente esposto in sito a tutti accessibile un avviso o diffida agli interessati di affrettare il ricupero dei dupli medesimi e dei relativi documenti, e per l'avvenire d'inserire nel riscontro ordinato nell' art. 60 del Regolamento 19 aprile 1806 (§ XCIII) un avviso o diffida alla parte di prodursi in un breve termine, da fissarsi, all' ufficio pel ricupero suddetto, o personalmente, o col mezzo dell' esibitore dell' originale riscontro preindicato; inculcato ad essa conservazione d'ipoteche l' obbligo di sempre sollecitare l' approntamento dei dupli, affinchè le parti non si presentino inutilmente, e non sieno costrette od a ritornare, od a lasciare i loro titoli in codesto ufficio ».

L' Appello di Venezia emetteva in proposito quest'altra Circolare in data 29 novembre 1842: « Non avendo l' aulico Decreto 18 agosto passato, n. 1998, derogato alla disposizione dell'art. 60 del Regolamento 19 aprile 1806, rimane facoltativo alle parti di chiedere o meno il riscontro dall' articolo medesimo contemplato. Ove per altro dietro ricerca della parte le venga consegnato detto riscontro, sarà obbligo del conservatore d'inserirvi quanto prescrive il succitato aulico Decreto.

§ XCVIII.

Della correzione degli errori incorsi nelle registrazioni.

Nella manipolazione degli ufficii ipotecarii non è possibile l'evitare che qualche volta gli amanuensi non incorrano in qualche errore che sfugga alla sorveglianza del conservatore; il quale d'altra parte, come vedremo, è responsale dei danni che provenissero ai terzi dalle operazioni ed ommissioni dell'ufficio suo. Il partito più ovvio che gli si presenta in tal caso è quello di correggere l'inscrizione, collazionandola nuovamente colla nota dalla quale fu tratta (1). Se e come, e con quale effetto possa ciò fare, risulta dalle seguenti direttive.

Nel Decreto italico 8 luglio 1811 leggiamo:

Art. 1. « I conservatori delle ipoteche possono, indipendentemente da sentenza od autorizzazione di tribunale, emendare gli errori e le irregolarità che fossero incorse nei loro registri ».

Art. 2. « A tale effetto essi eseguiscono una nuova trascrizione più conforme alla nota presentata od al documento di mutazione di proprietà fondiaria, lasciando però intatta la prima inscrizione o trascrizione ».

Art. 3. « La nuova inscrizione o trascrizione viene riportata sui registri correnti sotto la data del giorno in cui viene eseguita, e richiama la prima, nella quale è incorso l'errore o l'irregolarità, indicandone il numero e la data corrispondente ».

Art. 4. « Nei certificati relativi che verranno rilasciati si farà menzione tanto della prima, quanto della seconda inscrizione o trascrizione ».

Art. 5. « Non ostante però l'emenda eseguita nei modi sopra indicati, rimangono salvi a termini di legge i diritti acquistati dall'inscrivente e dai terzi nel tempo intermedio fra la prima e la seconda inscrizione o trascrizione ».

Resterà però sempre proibito di fare o permettere che altri faccia alcuna benchè minima alterazione sulle note originali presentate per l'inscrizione, o nell'atto o dopo che furono inscritte o trascritte: come abbiamo nella Circolare 30 settembre 1810 del direttore generale del Demanio del cessato regno d'Italia, notificata al conservatore di Vicenza colla Nota 16 ottobre 1810 (2) del direttore del Demanio di Vicenza, del seguente tenore: « pervenne a notizia del signor consigliere di Stato, direttore generale del Demanio, che taluno dei signori conservatori delle ipoteche, ed anche qualche privato esibente, sotto pretesto di emendare

(1) Come dissimo in fine del comento al § XXVII

(2) Verda, *raccolta*, pag. 112.

le mancanze di modalità e di condizione espresse nelle note dell'inscrizione dei crediti, siasi permesso di metter mano nelle note stesse, variandone così la scritturazione anche sui regislri, intendendo di emendare le mancanze e le prime irregolarità. Non potendo ammettere una tale alterazione di note e di registri, devenne a prescrivermi slrettamente con circolare dispaccio 30 settembre scorso n. 25817, che nel caso in cui questa direzione fosse caduta nel contemplato errore debba rinnovare le inscrizioni difettose nei modi e colla precisione voluta dai regolamenti, assumendo a tal uopo dalli signori conservatori le occorrenti notizie ».

§ XCIX

Il conservatore deve rilasciare dei certificati per istruire i privati delle risultanze de'suoi registri.

Il fine pratico dell'instituzione ipotecaria consiste nel facilitare alla comune dei cittadini la cognizione delle passività ipotecarie inerenti alla proprietà fondiaria di una determinata persona. Dopo avere perciò i Legislatori organizzati gli ufficii destinati alla conservazione delle ipoteche, dovettero provvedere perchè qualunque persona interessata vi polesse avere accesso per le cognizioni occorribili. A siffatta bisogna fu provveduto nel modo che si espone.

Nell'articolo 2196 del Codice Napoleone è prescritto: « I conservalori delle ipoteche sono tenuti a rilasciare a tulti coloro che lo richiedono copia degli atti trascritti nei loro regislri, e quella delle inscrizioni che tuttora sussistono, o il certificato che non ve ne esiste alcuna ».

Questa disposizione è riprodotta nel Regolamento 19 aprile 1806 coll'articolo 91, e stemperata in maggiori dettagli nell'articolo 64, ove si dice che le copie, estratti e certificati possono domandarsi verbalmente (1). E nell' articolo 92 leggiamo: « I certificati d' inscrizione comprovanti lo stato delle ipoteche sopra un immobile, o sopra tutti quelli esislenti nel circondario, e spettanti ad una determinata persona, che si rilasciano dal conservalore, dovranno riferire per estratto e secondo l'ordine di data e di numero tutte le insinuazioni e regislrazioni fatte a carico dell'immobile o degli immobili in generale. Veggasi la modula segnata A (certi-

(1) Nella Circolare 14 novembre 1810 del regio procuratore gen. al conservatore di Milano, fu permesso per evitare la confusione che può nascere dalle molte domande dei certificati fatte simultaneamente, di giovarsi di un registro semplice, o libro su cui scriversi i nomi dei postulanti, e tutte le altre indicazioni relative alla domanda. Di questo registro si tratta ancora nella Circolare a stampa 17 settembre 1822 della Direzione del Demanio lombardo.

ficato di tutte le trascrizioni ed inscrizioni sussistenti *a carico* od *a favore* di una persona) ».

Articolo 93 « I certificati d'inscrizione particolare per un determinato diritto ipotecario dovranno egualmente rilasciarsi e saranno stesi secondo la modula segnata B (estratto di una iscrizione particolare) ».

Articolo 94. « Chiunque potrà addomandare anco dei certificati di non esistere inscrizione, sia pei beni che uno possiede in tutto il circondario dell'ufficio delle ipoteche, sia per un fondo determinato. Questo certificato sarà rilasciato secondo la modula segnata C (certificato di non esistenza di alcuna inscrizione *a carico* od *a favore* di una persona). Una modula simile si userà pei certificati di non esistere trascrizione, giusta la modula D (certificato di non trascrizione di un atto o contratto particolare) ».

Articolo 95. « Quando le inscrizioni sono a carico di più persone coobbligate, i certificati od estratti dovranno enunciare tutte le dette persone ».

Articolo 96. « I certificati di cancellamento o di riduzione di una inscrizione si rilasciano giusta la modula segnata E (certificato di cancellamento o riduzione d'inscrizione) ».

Articolo 97. « Se il certificato contenesse più d'un foglio, il conservatore segnerà colla propria firma ciascun foglio, ed ove contenga più inscrizioni, alla fine ne esprimerà il numero. »

Nell'aulico Decreto 18 luglio 1829 del Senato lombardo-veneto, conosciuto colla Circolare 28 luglio dell'Appello veneto, fu vietato agli ufficii ipotecarii di rilasciare certificati od estratti d'una rinnovata inscrizione particolare, giusta la modula B del Regolamento ipotecario 19 aprile 1806, senza riportare nell'estratto in margine alla rinnovata inscrizione gli annotamenti di qualunque specie, che esistessero sulla iscrizione primitiva. Egualmente lo stesso Senato lombardo-veneto coll'aulico Decreto 23 giugno 1840 num. 499, notificato al conservatore di Mantova colla Nota 2 luglio 1840 num. 7608 dell'Appello lombardo, dichiarava: « che il debito di comprendere (nei certificati) gli annotamenti che esistono sull'inscrizione primitiva, fu ingiunto dall'aulico Decreto 18 luglio 1829 pel caso in cui gli ufficii delle ipoteche fossero richiesti del rilascio di certificati od estratti di rinnovata inscrizione particolare, giusta la modula B del Regolamento ipotecario 19 aprile 1806; non però nel caso in cui venissero rilasciati i certificati (generali) dietro la modula A ».

Il Senato lombardo-veneto coll'aulico Decreto 10 dicembre 1831, pubblicato dall'Appello lombardo con Decreto 21 dicembre num. 14747, significava ai conservatori di comprendere nei certificati le inscrizioni avvenute fino all'epoca dell'effettivo rilascio del certificato, anzichè limitarsi alla sola epoca della presentazione della relativa domanda.

Le istruzioni contenute nell'aulico decreto 4 settembre 1827 del Senato

lombardo-veneto, e pubblicate colle Circolari 11 settembre 1827 dell'Appello veneto, e 12 settembre 1827 num. 9230 dell'Appello lombardo, nell'articolo 8 prescriveano che « le inscrizioni ipotecarie che non si fossero rinnovate entro il decennio saranno ommesse nei certificati ipotecarii. E senza ripetere la inscrizione rinnovata due volte, cioè e quando venne inscritta la prima volta, e quando fu rinnovata, basterà enunciarne la rinnovazione, dal cui tenore deve apparire e quando la prima inscrizione si fece, e quali eventuali modificazioni essa avesse subito nella cifra del debito all'epoca della fattane rinnovazione. »

E nell'articolo 9 aggiungevasi che un solo certificato dovesse comprendere le risultanze dei registri correnti e sussidiarii (§ XCII).

Notevole, sebbene identico al precedente, è l'aulico Decreto del Senato lombardo-veneto 3 dicembre 1836 diramato dall'Appello veneto colla Circolare 28 dicembre dello stesso anno, e dall'Appello lombardo colla Circolare del giorno successivo num. 15370 del seguente tenore: « Onde stabilire l'uniformità nella pratica da osservarsi relativamente al rilascio dei certificati ipotecarii anteriori al decennio, l'eccelso Senato lombardo-veneto del supremo tribunal di giustizia mediante .... ha significato che di regola, a senso del § 8 delle auliche istruzioni 4 settembre 1827 num. 2721, non debbano rilasciarsi stati generali, ossiano certificati ipotecarj se non se delle inscrizioni sussistenti, escluse però quelle perente e quindi quelle che all'epoca della domanda dei certificati medesimi risultino anteriori ad un decennio; e che relativamente a tali operazioni anteriori al decennio sarà soltanto libero alla parte ad a chiunque di chiedere una copia particolare, la quale gli sarà accordata sopra domanda per iscritto, ed il conservatore dovrà far annotazione in calce di detta copia della domanda che gli è stata fatta ».

« Con dispaccio 6 ottobre 1838, num. 9977 si compiacque S. A. il Vice-re di dichiarare che sino a tanto che il Regolamento italico 19 aprile 1806, e la tariffa annessa al Decreto 21 maggio 1811 rimarranno in piena attività, dovrà il sistema addottatosi essere conservato, di rilasciare cioè tanti certificati distinti quante sono le persone diverse, a carico delle quali si vuole conoscere lo stato delle ipoteche sopra un medesimo immobile, e di riscuotere tante tasse, quanti sono i certificati estradati dall'ufficio ipoteche. » *Circolare* 13 ottobre 1838 del Magistrato camerale.

« Con dispaccio 14 aprile corrente num. 4329, S. A. il Vice-re si compiacque di dichiarare che col precedente di lui Decreto 6 ottobre anno passato num. 9977 .... lungi dal portare una innovazione qualunque al Regolamento italico 19 aprile 1806 ed alla tariffa annessa al Decreto 21 maggio 1811, ha anzi mantenuto l'uno e l'altro in piena attività. Soggiunge la prelodata A. i. r. ch'essendo contemplato dal detto Regolamento il rilascio di un solo certificato delle ipoteche colla esazione di una sola basta, quando trattasi di più individui comproprietarii e coob-

bligali sopra un medesimo fondo dipendentemenle dagli stessi titoli, in guisa che formano una sola ditta, questo sistema dovrà essere mantenuto fino a che sussistono le attuali leggi, ritenendo riferibili nei casi opposli le dichiarazioni dell' A. i. r. fatte nell'anzidetto Decreto 6 ottobre anno passalo ». *Circolare* 30 aprile 1839 del Magistrato camerale.

« A soluzione di promosso quesito si dichiara che, anche dopo la nuova legge provvisoria 9 febbrajo 1850 sulle compelenze per atti e contratti, devono le conservazioni delle ipoteche emettere tanti certificati distinti, quante sono le ditle, delle quali si vuole conoscere lo stalo ipotecario riguardo ad un medesimo immobile; ritenulo che possa rilasciarsi un solo certificato al nome di più persone allora soltanto che queste siano comproprielarie e coobbligate sopra un medesimo fondo, dipendentemenle dagli stessi titoli, in guisa che formino una sola ed unica ditta. Ogni certificato verrà poi emesso in bollo da L. 1. 50, salvo il disposto dell'articolo 32 della legge anzidetta ». *Circolare* 24 gennajo 1852 della Prefettura delle finanze di Venezia.

« Avendo il Senato lombardo-veneto del supremo tribunal di giustizia in Verona avuto motivo di credere che fra gli impiegati di qualche ufficio delle ipoteche siasi introdotto l'abuso di prestarsi, ad inchiesta di parti, alla redazione o copiatura di atti, con ossequiato aulico Decreto 7 corrente, num. 3654 ha ingiunto di commettere, siccome questo Appello commette, ai singoli conservatori di far assoluta proibizione a tutti gli impiegati o diurnisti rispettivi, compresi i portieri e inservienti, di prestarsi loro nè direttamente, nè indirettamente nella redazione o copiatura di note ipotecarie e dei relativi ricapiti da prodursi agli ufficii per l'interesse dei privati; con ordine altresì ad essi conservatori di vigilare attentamente onde non sia contravvenuto al suddetto divieto, ed in caso contrario di farne immediato rapporto a queslo Appello per le consentanee misure di rigore. Dovrà pertanto codesto conservatore diffidare i proprii impiegati ed altri individui, anche addetti come semplici diurnisti, onde abbiano ad uniformarsi in ciò ai supremi comandi, redigendo a tale effetto analogo protocollo in doppio; un esemplare del quale sarà tosto rassegnato a questo Appello munito altresì delle loro firme; pratica che in avvenire sarà osservata per ogni nuovo individuo, che venisse assunto in servizio ». *Circolare* 14 gennaio 1845 dell'Appello di Venezia e 24 gennaio 1845 num. 756 dell' Appello lombardo.

§. C.

Della responsabilità dei conservatori in riguardo ai privati che patissero danno per loro colpa.

Alla solidità del credito ipotecario non basterebbe la pubblicità per sè sola, se questa non avesse una garanzia speciale nel caso che le funzioni del conservatore non presentassero la necessaria regolarità nelle operazioni, sulle quali s'appoggia la fede dei privati. Al qual fine il Codice civile del cessato regno d'Italia nell'art. 2202, e il Regolamento 19 aprile 1806 nell'art. 102 uniformemente disposero: » I conservatori sono tenuti di conformarsi nell'esercizio delle loro incumbenze a tutte le disposizioni di questo Capo (della pubblicità dei registri e della responsabilità dei conservatori), sotto pena d'una multa di duecento fino a mille lire per la prima contravvenzione, e della destituzione per la seconda: senza pregiudizio dei danni ed interessi delle parti, che saranno pagati in preferenza della multa. »

Dunque i conservatori sono sottoposti, oltrechè alla sanzione penale della legge, anche all'indennità verso i privati: ed è per questo fine che li viddimo di sopra obbligati a dare una previa cauzione. Del resto per incorrere nella multa, basterebbe anche una mancanza, per la quale non provenisse di fatto un danno ai privati (1). E ben dice la legge che i privati devono essere indennizzati di preferenza: perchè la multa non è comminata se non per il loro interesse.

Vediamo più particolarmente in quali casi può il conservatore incorrere nella multa e nell'obbligo d'indennizzazione. Nell'art. 2199 del Codice Napoleone, trascritto nell'art. 101 del Regolamento 19 aprile 1806, leggiamo:

» I conservatori non possono in verun caso ricusare o ritardare la trascrizione degli atti di mutazione, l'inscrizione dei diritti ipotecarii, o il rilascio dei certificati che loro sono richiesti, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi delle parti; per il quale effetto sulla istanza del richiedente si stenderà senza dilazione processo verbale del rifiuto o del ritardo da un giudice di pace o da un usciere di udienza del tribunale, o da un'altro usciere o notajo coll'assistenza di due testimonii. »

Degli Sforza osserva nel comento di questo articolo che ora i reclami possono essere fatti alla presidenza del tribunal civile di prima istanza, o al consigliere pretore, se l'ufficio delle ipoteche è in un distretto: i quali devono stendere un processo verbale del reclamo (2).

(1) Degli Sforza, *dir. di pegno. Appendice* num. 2, art. 85, pag. 313.

(2) Degli Sforza, pag. 321.

Nell' art. 2197 del Codice Napoleone, trasfuso nell' art. 98 del succitato Regolamento, si dichiarò che i conservatori « sono responsabili per i danni risultanti: *a)* dalla omissione sopra i loro registri delle trascrizioni degli atti di mutazione, e delle inscrizioni richieste al loro ufficio; *b)* da mancanza di menzione nei loro certificati d'una o di più inscrizioni esistenti, eccetto che in quest' ultimo caso l' errore provenga da indicazioni insufficienti, che non potessero essere loro imputabili. »

La gravezza del danno risultante dall' ommissione d' un' inscrizione in un certificato era messa in rilievo nell' art. 2198 del Codice Napoleone trasfuso nell' art. 99 del Regolamento 19 aprile 1806 del seguente tenore: « Lo stabile, in ordine al quale il conservatore avesse omesso ne' suoi certificati di riferire uno o più dei pesi inscritti, rimane, salva la responsalità del conservatore, libero da tali pesi nel nuovo possessore, purchè questi abbia richiesto il certificato dopo la trascrizione del suo titolo; senza pregiudizio però del diritto dei creditori di farsi collocare secondo il rispettivo loro grado, sino a che il prezzo non sia stato pagato dal compratore, ovvero sino a che la graduazione fra i creditori non sia stata omologata ».

Ma questa disposizione non avrebbe oggidì applicazione secondo il suo tenore letterale, perchè allude al sistema italico della purgazione degli acquisti volontarii ed esecutivi. Avrebbe però vigore attualmente per le vendite giudiziali susseguite o meno da un giudizio d'ordine, in pro dell' acquirente e della fede dell'asta pubblica, e a scapito dei creditori la cui inscrizione essendo stata ommessa nei certificati, non sarebbero stati invitati, e non si sarebbero insinuati nel giudizio d' ordine o nel processo edittale (1).

Nel Regolamento 19 aprile 1806 si aggiungono alla responsabilità del conservatore queste altre cause: Art. 107. « Il conservatore risponderà delle operazioni del suo aggiunto e dell' uffiziale (che in caso d' assenza o impedimento del conservatore gli supplirà), salvo a lui il regresso verso di questi ».

Art. 108. « In caso di morte del conservatore, l'aggiunto o l' uffiziale anziano ne disimpegneranno interinalmente le funzioni. La cauzione prestata dal conservatore defunto e la sua eredità si riterranno obbligate anche pel fatto dell' aggiunto od ufficiale pel corso di giorni 40 dalla morte del defunto: salvo all' erede od agli eredi di sorvegliare per sè e colla deputazione di altro di loro, o di un procuratore, alla regolarità

(1) Zini. *giurispr. prat.* vol. X, par. 1 pag. 3, riferisce essere giudicato colle sentenze conformi del tribunal civile di Milano 9 giugno 1826, n. 15789, e dall'Appello lombardo 17 settembre 1826, n. 9830: che il conservatore deve rispondere di qualunque molestia che potesse derivare ad un' acquirente, il quale nella purgazione delle ipoteche non avesse potuto denunziare il suo acquisto ad alcuno degli inscritti sul fondo venduto, soltanto per essere stata ommessa nel certificato officiale rilasciato all' acquirente la inscrizione relativa.

delle operazioni d'uffizio. il prefetto del dipartimento ed il vice-prefetto del distretto daranno prontamente la notizia dell'occorsa morte al gran giudice ministro della giustizia per la più sollecita sostituzione. » Art. 109. » Nessun conservatore rinunziante potrà abbandonare il suo posto avanti l'installazione del suo successore, sotto pena di tutti i danni ed interessi, che la vacanza dell'ufficio, anche momentanea, potesse apportare » (1).

La notizia della morte del conservatore viene ora, secondo avverte Degli Sforza, partecipata dal parroco locale al tribunale o alla pretura del circondario, e l'aggiunto del conservatore o chi ne fa le veci è pure in dovere di parteciparla all'autorità giudiziaria di prima istanza, la quale ne fa rapporto all'Appello coll'aggiunta della provvidenza che credesse del caso, e l'Appello le subordina al supremo Senato, dal quale partono le disposizioni per l'apertura del concorso o per la nomina di sostituzione (2).

La legge assegna eziandio il foro competente dove i danneggiati possono trarre il conservatore per l'indennizzo; poichè l'art. 106 del Regolamento 18 aprile 1806, prescrive: »

« Il conservatore per tutte le azioni procedenti dalla responsabilità della sua carica avrà il domicilio giudiziale nell'ufficio delle ipoteche da esso lui amministrato, pel tempo in cui durerà la cauzione giusta l'articolo 104 (nostro § LXXXIX), e sarà soggetto alla giurisdizione del tribunale civile di quel circondario, sebbene il conservatore preaccennato avesse cessato dalle funzioni, e quantunque l'azione dovesse dirigersi contro i suoi eredi o aventi causa da lui.

Nell'art. 5 del Decreto italico 24 novembre 1810 è pure prescritto in riguardo al conservatore, parificato ad ogni altro contabile pubblico nell'articolo 1 dello stesso Decreto:

« Il contabile ed il suo fidejussore, od i loro eredi ed aventi causa per tutte le azioni procedenti dall'assunta responsabilità, sono soggetti alla giurisdizione del tribunale civile, nel circondario del quale è situato l'uffizio, l'amministrazione del quale dà luogo all'azione; ed hanno il domicilio giudiziale presso l'uffizio medesimo: e ciò quand'anche fossero cessate le funzioni di contabile. »

L'aulico Decreto 8 febbraio 1840 (3) nell'alinea c) soggiunse: « sul dubbio in particolare promosso dall'imp. reg. ufficio fiscale in Venezia sulla sussistenza di quanto prescrive l'art. 106 del Regolamento 1806 suddetto riguardo al domicilio in senso legale dei conservatori, relativamente alle conseguenze di responsabilità per le sostenute funzioni, significarsi (dalla imp. reg. Camera aulica generale) di concerto egualmente col pre-

(1) Queste disposizioni sono conservate col Decreto ital. 25 ottobre 1808, art. 47, colla Notificaz. gov. lomb. 16 marzo 1816, § 2, colla Circolare demaniale 22 febbrajo 1818 e colla sovrana Patente 19 giugno 1826, art. 29.

(2) Degli Sforza, pag. 525.

(3) Citato nel § LXXXIX.

detto Senato (lombardo-veneto), che il suddetto articolo deve ritenersi tuttavia in attività; imperocchè in virtù della Patente di promulgazione del Codice civile universale sono conservate in vigore le leggi negli oggetti politici, camerali, e finanziarii; nè v'è legge positiva che abbia fatta una derogazione a quanto il suddetto articolo prescrive ».

La Circolare dell'Appello lombardo 29 agosto 1818 n. 9145 prescrisse che per le azioni promosse contro i conservatori dell'ipoteche di Varese, Lecco, Breno, Salò e Castiglione delle Stiviere, si debbano ritenere competenti le rispettive Preture. Così la Circolare 27 agosto 1818, numero 2338 dell'Appello veneto, in base all'aulico Decreto 18 agosto 1818 del Senato lombardo-veneto dispose essere di competenza delle preture di Chioggia, Este, Bassano, Schio e Feltre, il conoscere e giudicare delle azioni che si promuovono a senso dell'articolo 106 del Regolamento 19 aprile 1806 contro il conservatore delle ipoteche residente nel comune rispettivo.

Nell'art. 100 del Regolamento 19 aprile 1806 si concede al conservatore questo estremo provvedimento:

« Nei casi, nei quali il conservatore è responsabile a norma dei due articoli precedenti, egli subentrerà nelle ragioni del creditore danneggiato contro il debitore originario, per tutte le somme che avesse dovuto pagare al danneggiato in conto o per saldo del suo credito. » Questa legge richiama il principio generale per noi dedotto nel § LI numero 17 e seguenti, che concede la surroga a chiunque per qualunque motivo paga col proprio avere, e a nome proprio un debito altrui. Il conservatore in quei casi avrebbe diritto ad esercitare tutte le azioni che rimaneano al creditore dimesso, esperibili non solo contro il debitore originario, ma anche contro i fidejussori, i correi, e i possessori di altri fondi ipotecati allo stesso credito, co'vantaggi e colle limitazioni che dissimo appartenere a qualunque altro surrogato.

FINE DEL TRATTATO.

REPERTORIO

ANALITICO DELLE MATERIE

NB. *Le cifre romane indicano il §, le arabiche il numero di ciascun §.*

3 e 4. Lo possono quando assicurino il creditore del pericolo della subasta: LXII, 5. Anche i creditori anteriori a quel creditore che domanda l'assegno e che non sono coperti dall' importo della stima, non possono impedire l' assegno, se non pagando il credito dell' esecutante: LXII, 6.

ASSENTI; sono parificati talvolta ai minori. V. Minori.

ASSICURAZIONE. V. Cauzione. Assicurazione dagli incendii: come si provvede all' interesse dei creditori nel caso che l'incendio fosse avvenuto: LXXXI, 2 e 3.

ASTA. V. Subasta.

ATTO PUBBLICO. V. Notai, Titolo, Scritture private, Sentenze. Cosa s'intenda per atto pubblico: XXI, 2 e 3. È necessario per l' inscrizione: XXI, 2. Degli atti delle autorità amministrative, parificati ad ogni altro atto pubblico: XXI, 4. V. Municipii, Comuni, Firma.

AUDITORATO militare: V. Firma.

AUTENTICITA'. V. Titolo, Atto pubblico, Firma.

AUTORITA' AMMINISTRATIVA. Gli atti delle autorità amministrative come atti pubblici sono inscrivibili alle ipoteche: XXI, 4. V. Atto pubblico. Come possano acconsentire alla cancellazione o alla riduzione LXXXIII, 3 e 5.

AZIONE. Dell' origine morale delle azioni: LV, 1. Delle azioni *redhibitoria, quanti minoris*, e per evizione: LXVI, 2. Delle Azioni di regresso che spettano al terzo possessore. V. Evizione, Surroga, Garanzia.

AZIONE IPOTECARIA, cosa sia: LV, 4; sua origine morale: LV, 1. Forme di quest' azione presso i Romani, ossia dell' azione Serviana e dell' interdetto Salviano: Introduzione III, § LV, 2. Principii direttivi e forme pratiche dell' azione ipotecaria presso i moderni, i quali provvidero alla coesistenza dei diritti di tutti i creditori e del possessore: LV, 3. L' azione ipotecaria può essere o semplicemente personale, o reale, o mista: LV, 4. A chi competano queste azioni. Dell'individualità attiva di questa azione su tutto il fondo per qualsiasi parte del credito, e successivi accessorii: LV, 4. In qual tempo si possano promuovere: LV, 5. Caratteri differenziali di queste azioni: LV, 6. Dell'azione personale: suo scopo, requisiti, e foro: LV, 6. Delle forme processuali dell' azione personale, e della esecuzione parata ai documenti notarili: LV, 7. Per l' azione personale si viene all'esecuzione di tutta la sostanza del debitore: la reale si limita all' esecuzione del fondo ipotecato: LVI, 1. Al creditore è libera la scelta di escutere qualunque bene del debitore suo: LVI, 1. Però questa scelta dovrebbe essere temperata ne'giusti limiti: LVI, 1. Dell' azione ipotecaria nei rapporti col possessore dei fondi obbligati, quindi dell' azione reale semplice e della mista: LVII, 1. Del beneficio d' ordine o della previa escussione del debitore, abolito dalla legge austriaca per la pubblicità o specialità di tutte ipoteche: LVII, 2. L'eccezione d'ordine che compete al fidejussore,

direttamente avversi, come i cessionarii o surrogati dello stesso credito. Della efficacia della tradizione del documento creditorio: LI, 9. Della necessità ed efficacia dell' annotamento della cessione in margine all' inscrizione del credito ceduto: LI, 10. Giudicati relativi a queste ultime conclusioni: LI, 11. Il cessionario deve conservare o chiedere l' inscrizione del credito originario, in qual modo: XXV, 1-3, LI, 10. Deve rinnovarla, e può anche rinnovarla in proprio nome: XLIX, 5, LI, 10. In ogni caso la tradizione del documento ceduto e l' annotamento marginale non proteggerebbero il posteriore cessionario, se non fosse in buona fede: LI, 9, 10. Degli effetti della cessione nei rapporti tra i contraenti circa la verità ed esigibilità del credito ceduto: LI, 12. Il cessionario rappresenta il cedente: LI, 4, 12. Ceduto il credito è ceduta implicitamente l' ipoteca e gli altri accessorii: LI, 12. Il cedente è tenuto all' esigibilità quand' anche non l' avesse promessa, purchè la cessione fosse fatta a titolo oneroso: LI, 12. Non è tenuto se l'inesigibilità appariva dai registri ipotecari: LI, 12. Degli effetti della cessione d' una parte del credito quando concorressero cessionario e cedente: LI, 13. Della concorrenza di più cessionarii per la totalità d'uno stesso credito. Criterio di preferenza: LI, 14. Influenza de' due principii: il formale, che nessuno può trasferire ciò che più non ha; e il pratico della buona fede: LI, 14. V. Buona fede. Della concorrenza di più cessionarii d' uno stesso credito in parti distinte, nel caso che non fosse esigibile in tutto: LI, 15. Se la cessione possa essere fatta alcun tempo dopo il pagamento del credito. Differenza della legge austriaca verso le altre legislazioni, derivata dal principio generale della surroga legale: LI, 16. V. Surroga. La cessione per essere valida contro il debitore dev' essergli notificata: V. Notifica.

CESSIONE DE' BENI. Vale l' inscrizione presa anteriormente all'assenso prestato ad essa per parte degli altri creditori. V. Inscrizione.

CIRCONDARIO (il) assegnato agli Ufficii conservatori delle ipoteche è reale: XXIII, 1. Enumerazione delle leggi che ne stabiliscono le norme e le determinazioni: XXIII, 2, LXXXVII.

COMPENSAZIONE: sua natura, requisiti ed effetti: LXXIX, 1. Se ed in qual modo possa il debitore compensare il suo credito particolare verso il cedente o in confronto di qualunque cessionario. Il § 1443 del Codice civile è inattivato nel nostro reggime ipotecario: LXXIX, 2. Può il debitore opporre all' ultimo cessionario la compensazione d'un suo credito verso di lui: LXXIX, 2. Se possa opporla per un credito con un cessionario intermedio: LXXIX, 3.

COMPROPRIETA': in quanto sia passibile d'ipoteca: XIII, 14, 15 e 16. V. Quota sociale.

COMUNI. V. Stabilimenti pubblici, Atti pubblici, Autorita' amministrative. Gli atti costitutivi d' ipoteca a pro del Comune, firmati dal cancelliere sono validi per l' inscrizione: XXI, 4. Come si può ottenere la cancellazione d' un'iscrizione presa a favore d'un Comune: LXXXIII, 4.

DELIBERA. V. Vendita, Subasta. È l' atto fondamentale dell' esecuzione ipotecaria: XLIV,15. Con essa le ipoteche si traducono sul valore del fondo: LXI, 11, ossia si realizzano: XLIX, 15. Con essa i creditori si rivolgono al deliberatario piuttosto che all'espropriato: XLIX, 15.E una specie di vendita e valgono le regole ordinarie di essa: LXI, 11. Colla delibera non si trasferisce ancora la proprietà: LXI, 11. Però le pratiche posteriori non ne sono che la conseguenza necessaria. I creditori colla delibera vendono *jure creditoris* non *jure domini*: LXI, 11. V. Evizione. Dell' aggiudicazione: sua differenza pratica colla delibera, in quanto serve a trasferire il dominio: LXI,12. Dei diritti del deliberatario; qual sorta di dominio possa acquistare: LXI, 13. V. Dominio, Socio. Enfiteusi, Usufrutto, Terzo possessore. Se il deliberatario possa difendersi contro la rivendicazione del terzo nel modo stesso che i creditori avriano difesa la loro ipoteca: LXI,12. Il deliberatario come ogni altro compratore ha diritto all'utilità del contratto, quindi al possesso pacifico del fondo. Quando può chiedere la tradizione: LXI, 13. Può ritenere una parte di prezzo corrispondente alle deteriorazioni del fondo: LXI, 13. Dei doveri del deliberatario circa il pagamento del prezzo: LXI, 15. La vendita giudiziale non rende esigibili i crediti ipotecarii non ancora scaduti, contro la volontà dei creditori: LXI, 15. LXXV, 4. Si devono gli interessi non pattuiti e scaduti sul prezzo dopo il rilascio del possesso e prima della mora del deliberatario e insieme prima del trasferimento del dominio mediante l'aggiudicazione: LVI, 16. 19. Si risolvono gli affitti e le conduzioni. V. Conduzioni. Se il deliberatario non adempie agli obblighi della delibera, il fondo si rivende a suo rischio: LXI, 22. Se dalla rivendita si ritrae di più della prima subasta, il vantaggio è dei creditori: LXI, 22. De'diritti e degli obblighi dell'acquirente dopo il riparto: LXXV, 2.

DENUNCIA. V. Notifica.

DETERIORAMENTO. V. Danno.

DIMOSTRAZIONE pubblica dei dominii mediante un'istituzione sulla quale si fissi la pubblicità ipotecaria: XIII, 6. La qual' instituzione può attivarsi o col sistema tavolare, o co'registri censuarj o colla trascrizione ipotecaria: XIII, 7. Da noi non ce ne ha di veruna sorta. Ci può essere una parziale pubblicità dei dominii nel possesso materiale o nella dimostrazione del titolo: XIII, 8. Il solo consenso o titolo non basta a trasferire la proprietà senza la tradizione, secondo il diritto romano: XIII, 8. Secondo il diritto francese; confutazione di Troplong: XIII, 9. Secondo il diritto austriaco e in queste provincie: XIII, 10. Dimostrazione pubblica delle ipoteche. V. Inscrizione, Prova, Pubblicità.

DIRETTARIO. V. Enfiteusi.

DIRITTO. V. Credito, Ipoteca, Obbligazione. Diritto d'offrire. V. Pagamento.

DOCUMENTI. La tradizione dei documenti comprovanti la proprietà supplisce alla tradizione dell'immobile alienato: XIII, 10.

Se un credito è dimostrato da un documento di piena o semipiena prova è ammissibile a prenotazione: XXXI, 2. V. Prenotazione.

DOMICILIO. Nell'inscrizione deve il creditore designare un domicilio scelto nel circondario dell'ufficio, presso cui fa l'inscrizione: XXIV, 8. L'ommissione di questa indicazione non arreca la nullità dell' inscrizione: XXV, 5. Si può variare con una corrispondente annotazione: XXVII.

DOMINIO, considerato come il termine giuridico della proprietà: è la vera materia od oggetto dell'ipoteca: XIII, 1, 5 e 6. V. Immobili, Proprietà, Dimostrazione. Definizione genetica e differenze storiche e sociali della proprietà o dominio: XIII, 15. Delle divisioni e compartecipazioni ideali del dominio, in quanto ciascuna frazione sia suscettiva d'ipoteca: XIII, 14, 18. V. Comproprietà, Comunione conjugale, Enfiteusi, Feudi, Sostituzioni, Fedecomessi. Usufrutto Servitù prediali. Il dominio dell'ipotecante dev'essere provato al creditore e dal medesimo in confronto al terzo possessore; in qual modo: XIII, 11. XLVIII. Tanto il diritto che il dominio utile può essere ipotecato: XIII, 18. Principio generale: può ipotecare un fondo chi ha ed in quanto ha un diritto a disporre dell'utilità totale o parziale del medesimo: XIII, 21. Traslazione del dominio. V. Dimostrazione. Il dominio può essere temporaneo e con esso temporanea l'ipoteca: XIV, 1. Due principii sommi di questa deduzione: l'analitico desunto dal concetto dell'ipoteca, che è contenuto in quello del dominio: XIV, 2; e il principio organico che soccorre alla buona fede dei terzi: XIV, 2. Questo principio suppone la negligenza colpevole del proprietario e la buona fede incolpevole del creditore: XIV, 3. Agisce pure nel senso che concilia gl' interessi contrarii col far preporre il lucro al danno: XIV, 5. Il dominio può risolversi come se non fosse mai esistito. V. Possesso. Il dominio e quindi l' ipoteca si risolvono per una causa preesistente, necessaria e reale: XIV, 5. V. Causa risolutiva. Il dominio può essere d'altrui o futuro o imperfettamente acquistato in rapporto all'ipotecante: XV, 1. Il dominio onninamente altrui non si può ipotecare senza il consenso del proprietario: XV, 1. Il proprietario può acconsentire un'ipoteca per un debito altrui e può acconsentirvi anche tacitamente: V, 3, XV, 1. E concessa da altri può ratificarla. V. Ratifica, Consenso. Il dominio può appartenere imperfettamente per un semplice diritto personale a chi vuole ipotecarlo: XV, 2. Vale anche qui il principio generale: essere ipotecabile quel diritto per il quale si possa liberamente disporre della totale o parziale commodità di un bene immobile: XIII, 21, XV, 2. Questo principio è contenuto nell'altro che la vera materia dell'ipoteca, non è tanto l'immobile, quanto il diritto al medesimo: XV, 2, 6, XII, 1, 5, 6. Come vale l'ipoteca sopra un diritto reale di compartecipazione di dominio, vale pure sopra un diritto personale al dominio, se ed in quanto per questo diritto si acquisti l' utilità dell' immobile: XV, 1. Esame di questa dottrina nella teorica di Papiniano: XV, 3; nella legge austriaca:

vile austriaco, e prima della sovrana Patente 19 giugno 1826: XXII, 6 e 7. L'inscrizione dev'essere chiesta all'ufficio nel cui circondario sono situati i beni da ipotecarsi: XXIII, 1. V. Uffici, Circondario. L'inscrizione dev'essere fatta in modo che da essa appaja nella sua compitezza la formula ipotecaria: XXIV, 1. Per farla devesi presentare al conservatore delle ipoteche l'originale o una copia autentica dell'atto da cui nasce l'ipoteca: XXIV. Non è necessario presentare insieme il titolo creditorio: XXIV, 1. L'inscrizione però vale eziandio se fatta senza la presentazione d'un titolo, purchè un titolo valido ci fosse: XXIV, 1. Devesi chiedere l'inscrizione mediante due note conformi che abbiano tutte le indicazioni legali: XXIV, 2. Per criterio a giudicare se l'inosservanza di alcuna formalità dell'inscrizione l'annulli, si pone l'interesse dei terzi, i quali soltanto possono annullarla, quando non facea loro conoscere i dati essenziali dell'ipoteca. Si ammettono però le indicazioni equivalenti: XXIV, 5. L'inscrizione deve contenere il nome, cognome, paternità, domicilio del creditore, la sua professione, se ne ha, e l'elezione da esso fatta di un domicilio in un luogo qualunque del circondario dell'ufficio: XXIV. Omessa questa indicazione non rimane annullata l'inscrizione, perchè non nuoce ai terzi: XXIV, 4. Tanto più varrà l'inscrizione se la persona del creditore fu designata con termini equivalenti a quelli voluti dalla legge, e non la vizia quindi l'errore nel prenome, nella indicaziono della professione o del domicilio: XXIV, 5. V. Domicilio. L'inscrizione deve contenere il nome, cognome, paternità, e domicilio del debitore, la sua professione, se ne ha una conosciuta, o una indicazione individuale e speciale che lo distingua: XXIV. Questa indicazione è formalità essenziale: XXIV, 6. Nel caso d'un'ipoteca concessa da chi non è debitore, dovrà essere designato l'ipotecante: XXIV, 6. In vece degli eredi si può menzionare nell'inscrizione che la acconsentì il nome del defunto: XXIV, 6. Dev'essere menzionata nell'inscrizione la data e la natura del titolo: XXIV. È formalità essenziale, perchè giova a stabilire l'identità della causa dell'ipoteca: XXIV, 7. Si deve menzionare l'importo dei crediti capitali espressi nel titolo o valutati dall'inscrivente, e l'importo degli accessorii: XXIV. È questa una formalità essenziale: non però di tanto che se fu dichiarato un importo maggiore, non valga l'inscrizione per la somma realmente dovuta: XXIV, 8. Come si computano gli accessorii: XXIV, 8. Si devono indicare tutte le condizioni aggravanti il debito: XXIV, 8. Si deve far menzione dell'epoca in cui il capitale è esigibile: XXIV. Non è formalità essenziale: XXIV, 9. Devesi finalmente indicare nell'inscrizione la qualità e situazione dei beni ipotecati: XXIV. È questa una formalità essenziale: ma si possono adoperare delle indicazioni equivalenti: XXIV, 10. Chi possa chiedere l'iscrizione: XXV e XXV, 1. Un terzo che non ha interesse a domandarla o non lo prova non può

legge dello stesso proprietario sulla cosa sua; quindi suppone e la proprietà, e la libera disponibilità di questa. Suppone il consenso del proprietario. Se il consenso si può prestare in un atto unilaterale: XI, 1. L'ipoteca può essere concessa per mezzo d'un procuratore idoneo: XI, 2. V. Procuratore. Se può e come può essere concessa dal minore od interdetto, o dal tutore o curatore rispettivo. V. Minore. L'ipoteca suppone la proprietà: XIII, 1. V. Proprietà', Dominio, Immobili. Differenza in proposito tra il contratto d' ipoteca e quello di vendita: XIII, 5. *Quid juris* d' un'ipoteca inscritta nello stesso giorno in cui fu venduto il fondo ipotecato: XIII, 12. L'ipoteca per sua essenza consiste nei quattro elementi del credito, del titolo, della proprietà e dell'inscrizione: XII, 5. V. Titolo, Proprieta', Inscrizione, Prenotazione. La vera ed immediata materia su cui s'esercita l'ipoteca è piuttosto il diritto all' immobile, che non l'immobile stesso o il suo valore. V. Dominio. Del concorso di più ipoteche concesse da diversi aventi un simultaneo diritto sull' immobile. V. Concorso, Pubblicita', Specialita'. Critica dell' ipoteca generale sopra i beni futuri, e per un credito indeterminato: Introduz. 17, XVII, 2, XVIII, 4. L' ipoteca può essere condizionata e temporanea: XIX, 1. V. Condizione, Patti accessorii, Anticresi. Il titolo dell'ipoteca dev' essere inscritto; della sua forma estrinseca. V. Titolo. Dell' ipoteca concessa all' estero. V. Convenzioni, Sentenze. L'ipoteca per essere reale dev' essere inscritta nei libri pubblici. V. Inscrizione, Pubblicita'. Se un'ipoteca generale per le leggi anteriori, e prima della sovrana Patente 19 giugno 1826, affettasse gli acquisti fatti dopo il 1815 senza alcuna inscrizione: XXII, 6 e 7. L'ipoteca può essere inscritta con titolo e virtù condizionata alla verificazione del credito. V. Prenotazione. Della virtù dell' ipoteca; la quale varia secondo le variazioni posteriori d' alcuno de' suoi elementi costitutivi, il debito, il titolo, la proprietà, l' inscrizione: XLVI, 1. Ella è individua su tutto il fondo per tutto il credito: XLVI, 1. Vedi Credito, Dominio, Proprieta'. Ella si conserva coll' utilità originaria in confronto delle ipoteche posteriori; XLVII. V. Priorita'. L' ipoteca non può essere reale senza l' inscrizione, sebbene sia conosciuta da coloro contro dei quali si oppone: XXII, 8, XLVIII, 6. Se l'inscrizione per sè sola provi la legittimità dell' ipoteca inscritta. V. Prova. L' ipoteca inscritta per durare più di dieci anni deve essere inscritta un' altra volta. V. Rinnovazione. L'ipoteca può esercitarsi o economicamente col subingresso o col suppegno, o giuridicamente coll' azione ipotecaria; L. V. Subingresso, Suppegno, Azione ipotecaria, Assegno, Subasta, Delibera, Vendita. Pagato il debito col prezzo della vendita, il di più si restituisce al debitore: LXIV. Il concorso di più creditori si regola nel giudizio d' ordine o nel processo edittale. V. Giudizio d' ordine, Concorso, Riparto. Non solo al creditore, ma al debitore eziandio interessa di liberarsi dall' ipoteca: LXXVII, 1. V. Pagamento,

Le prenotazioni vogliono essere rinnovate alla scadenza del decennio. V. Rinnovazione. Se si possa ottenere col processo della prenotazione l'annotamento marginale della surroga: LI, 33.

PRESCRIZIONE, è uno dei modi per i quali l'ipoteca rimane estinta: LXXX, 1. Si cerca se l'ipoteca s'estingua per una semplice prescrizione od anche per l'usucapione: LXXX, 1. Induzione del principio genetico e differenziale della prescrizione e dell'usucapione. L'ipoteca si estingue per una vera prescrizione: LXXX, 2. Induzione storica dello stesso principio: LXXX, 3. Il Codice civile francese praticamente avria emendata la confusione antica tra la prescrizione e l'usucapione: ma i suoi comentatori vi ricaddero: LXXX, 4. Il Codice civile austriaco ha arrecato luce: LXXX, 5. Confutazione dell'idiotismo: usucapione della libertà: LXXX, 5 e 5. L'azione ipotecaria è essenzialmente temporanea, ed è semplicemente prescrivibile, cioè col solo decorso del tempo: LXXX, 5. La prescrizione ipotecaria può opporsi e pel credito o per l'ipoteca contro l'azione personale e contro la reale: LXXX, 6. Della prescrizione del credito nell'azione personale: quale ne sia il termine secondo la diversa natura dei crediti: LXXX, 6. Il termine si computa dal giorno in cui il diritto da prescriversi può essere esercitato: LXXX, 7. Delle prescrizioni cominciate o semplicemente causate da contratti seguiti avanti l'attivazione del Codice civile austriaco: LXXX, 8. La prescrizione può avere dei termini più lauti secondo il diverso carattere delle persone, contro le quali si oppone; LXXX, 9. Il periodo della prescrizione può essere interrotto, non però soltanto coll'inscrizione o rinnovazione dell'ipoteca: LXXX, 10. Se il pagamento degli interessi sia sufficiente causa d'interruzione. LXXX, 10. Della prescrizione dell'ipoteca nell'azione reale: LXXX, 11. L'inscrizione si prescrive in 10 anni, ma questa prescrizione può essere interrotta colla rinnovazione. V. Rinnovazione. Il possessore può opporre la prescrizione del credito quando gli giova: LXXX, 12. L'azione ipotecaria può essere prescritta in pro del terzo possessore, indipendentemente dalla prescrizione del credito: LXXX, 13. Da quali cause o fatti può essere sospesa od interrotta la prescrizione dell'azione ipotecaria: LXXX, 14. La prescrizione del credito e dell'ipoteca può essere opposta dagli altri creditori, in qual modo: LXXX, 15.

PRIORITA'. E' corollario immediato della realità: XLVI,1. XLVII, 1. Il creditore che è priore in tempo è poziore in diritto: XLVII. 1. Ma la realità e la priorità non sono assolute, perchè soffrono l'influsso di cause assorbitrici, alle quali è sottoposta la proprietà stessa: XLVI, 2. V. Privilegi. La prelazione ipotecaria in ragione di tempo non conta che tra ipoteche valide e di omogenea natura: come se cadessero sopra diverse parti di un fondo, o diverse frazioni di dominio: XLVII, 11. La prelazione conta dal giorno dell'inscrizione, o della prenotazione: XLVII, 12. Le ipoteche convenzionali e giudiziali anteriori al Cod. Napoleone,

attribuisce al creditore il diritto d'impedire i deterioramenti: XLVI, 11. L'ipoteca si estingue colla perdita della proprietà materiale: LXXXI, 2. Come si provvede ai creditori nel caso che lo stabile fosse perito per un incendio: LXXXI, 2. V. ASSICURAZIONE.

PROVA: è la condizione generale all'efficacia del diritto. Introduzione, num. XXIII, § XLVIII, 1. V. DIMOSTRAZIONE, PUBBLICITA', INSCRIZIONE, AZIONE IPOTECARIA. Perchè l'inscrizione possa per sè sola provare la legittimità dell'ipoteca inscritta, dovrebbe provare la legittimità e coesistenza di tutti gli elementi che la compongono: XLVIII, 1. E qoesta prova è necessaria all'efficacia economica e giuridica dell'ipoteca: XLVIII, 1. V. SUBINGRESSO, SUPPEGNO, AZIONE IPOTECARIA. Come si provava giuridicamente l'ipoteca nel Diritto romano: XLVIII, 2. Quale sia l'efficacia probatoria dell'inscrizione nel sistema tavolare: XLVIII, 3. Nel sistema ipotecario francese l'inscrizione non prova nemmeno la legittimità sua propria: XLVIII, 4. Lo stesso avviene nel sistema vigente: XLVIII, 5.

PUBBLICITA' dei dominii e delle loro limitazioni. V. SISTEMI TAVOLARI, SISTEMI IPOTECARII, TRASCRIZIONE, DIMOSTRAZIONE. Sua necessità giuridica: Introd. 5. È un desiderio nel sistema vigente nel lombardo-veneto: Introd. XXX.

PUBBLICITA' delle ipoteche. V. IPOTECHE, SISTEMA TAVOLARE, SISTEMI IPOTECARII, DIMOSTRAZIONE, SPECIALITA'. Questa pubblicità è condizione generale di qualunque diritto reale. Varj sono i modi di ottenerla. Per l'ipoteca, oltre la pubblicità del dominio, si richiede l'inscrizione nei pubblici libri: Introd. n. XIII, V, VI, XVII, XXIV e seg., § XXII n. 1. Ma nella pobblicità imperfetta del nostro reggime basta l'inscrizione dell'ipoteca soltanto, senza quella del dominio: Introd. XXX. V. INSCRIZIONE, TRASCRIZIONE. Attuazione progressiva della pubblicità ipotecaria in queste provincie: XXII, 1, 5. La pubblicità ipotecaria in queste provincie è diretta a scopi: a dare una forma probatoria all'inscrizione in modo che ipoteca ed inscrizione siano sinonimi (V. Prova), o quanto meno a dare all'ipoteca una forma negativa, cioè escludente le ipoteche non inscritte: XLVIII, 6. Quindi nessuno può allegare ignoranza dell'inscrizione: XLVIII, 7.

PURGAZIONE delle ipoteche. V. GIUDIZIO DELLE GRIDE, SISTEMA TAVOLARE, SISTEMI IPOTECARJ. La purgazione delle ipoteche nel caso di vendita volontaria è da noi abolita: Introd. XXX. La purgazione delle ipoteche nel caso di vendita esecutiva è conservata e regolata, in qual modo: LXVII. V. GIUDIZIO D'ORDINE, CONCORSO.

QUOTA SOCIALE, può essere ipotecata. È determinata dalla scrittura sociale. L'ipoteca colpisce la quota, non una parte materiale del fondo: XIII, 14 e 15. Confutazione della legge francese e pedisseque: XIII, 16.

RATIFICA, RATIABIZIONE, RATO. Se alcuno, che ratificò un'ipoteca concessa dal falso o non idoneo procuratore, convalidi l'ipoteca *ab initio* in

dell' inscrizione: XLIX, 5. Quali siano gli altri suoi requisiti: XLIX, 6. Suppone un' inscrizione da rinnovarsi che sia tuttora valida; se no, la rinnovazione vale come originaria inscrizione: XLIX, 6 e 7. Corollarj: XLIX, 7. Quando non è più necessaria la rinnovazione decennale: XLIX, 8. Primo caso: Non è necessaria pendente il concorso: XLIX, 8. Però bisogna disciplinare l'argomento della rinnovazione col concetto d' interruzione della prescrizione decennale. La rinnovazione è appunto un mezzo d' interruzione che non esclude gli altri ed analoghi mezzi legittimi: XLIX, 8. Il giudizio ipotecario può interrompere la prescrizione decennale quando sono citate tutte le persone interessate ad opporla, e rimane impedita la libertà del proprietario: XLIX, 10. Secondo caso: è necessaria la rinnovazione se l'inscrizione scadde durante la giacenza dell'eredità, o la ventilazione d'un'eredità beneficiaria: XLIX, 9. Terzo caso: è necessaria durante il giudizio dell' azione ipotecaria: XLIX, 10. Quarto caso: è pur necessaria la rinnovazione nel periodo tra il pignoramento e la notifica della subasta: XLIX, 11. Però il pignoramento può supplire alla rinnovazione quando ne avesse gli essenziali requisiti: XLIX, 11. Quinto caso: è necessaria anche dopo la notifica della subasta: XLIX, 12. Sesto caso: non è più necessaria dopo la delibera esecutiva: XLIX, 13. Ultimo caso: non è tanto meno necessaria dopo l' aggiudicazione e durante il giudizio d' ordine: XLIX, 14. Se l' inscrizione del pignoramento debba essere rinnovata per impedire la prescrizione decennale: LIX, 6.

RINUNCIA. L'ipoteca cessa colla rinuncia al credito: LXXVII, 4. Sussistendo il credito si può rinunciare anche soltanto all'ipoteca: LXXXII, 2 e 6. La rinuncia può essere anche tacita; ossia può indursi da atti tali che non si possano spiegare altrimenti che come rinuncia, o quando in caso contrario ci fosse dolo: LXXXII, 3. La rinuncia può arguirsi anche dal consenso prestato alla vendita del fondo ipotecato: LXXXII, 4, o dalla negligenza nell' insinuarsi nel giudizio d' ordine o nel concorso: LXXXII, 5. Si può rinunciare al grado anteriore d' un' ipoteca: LII, 2. Può questa rinuncia essere particolare ad un dato creditore, o generale per tutti i creditori intermedj tra la rinuncia e l'ipoteca rinunciata: LII, 2. Anche questa rinuncia può essere espressa o tacita: LII, 2.

RIPARTO. Delle difficoltà che si possono incontrare nella redazione del riparto: LXXV, 1. Dei diritti o degli obblighi dell' acquirente dopo il riparto: LXXV, 2. La graduatoria e il riparto costituiscono una delegazione del prezzo fatta dalla rappresentanza venditrice a ciascun suo membro utilmente graduato: LXXV, 2. Rimane l' ipoteca e l' azione *ex vendito*: LXXV, 2. Dei crediti illiquidi; essi non possono essere pagati; ma l' acquirente può liberarsene col deposito giudiziale o col pagamento contro cauzione: LXXV, 3. Come si può impugnare il riparto: LXXV, 3. *Quid juris* nel caso che rimanessero dopo il giudizio d'ordine delle contestazioni sulla priorità: interpretazione della

Del subingresso nel credito ipotecario: LI, 2. Può avvenire o per cessione o per surroga: LI, 3. V, Cessione, Surroga. Quale ne sia la differenza: LI, 3. Dei subingressi universali, ossia della trasmissione dei diritti creditorii insieme ad una massa d'altri diritti o cose: LI, 38. V. Surroga. Il subingresso può avvenire anche nel solo grado ipotecario: LI, 2. Può avvenire in quattro maniere: LII, 1. V. Rinuncia, Novazione, Posteagazione, Surroga del debitore.

SUPPEGNO. Il credito ipotecario può essere materia di pegno ulteriore: LIII, 1. 2. Il suppegno è egli pegno vero del credito ipotecato, o una ipoteca? LIII, 1, 3. Può essere ipoteca quando l'ipoteca suppegnata si considera come la materia giuridica del suppegno: LIII, 3. Degli elementi necessarii a costituire questo suppegno: dell' obbligazione principale, del titolo, e dell'entità del credito suppegnato: LIII, 4. Il quale alla sua volta comprende quattro suoi proprii elementi: LIII, 4. Deve il suppegnatario conservare il credito suppegnato: LII, 4. Per mantenere l'utilità dell'ipoteca accessoria il suppegnatario può e deve chiedere l'inscrizione: XXV, 1, 3, LIII, 4, 3, e la rinnovazione della medesima: XLIX, 3. LIII, 4, 3. Se il credito suppegnato fosse estinto sarebbe estinto il suppegno: ma se avesse perduta l'ipoteca, il suppegno rimarebbe sul credito come pegno semplice del credito; formalità minori, e importandi questo pegno: LIII, 4. Il suppegnatario col pegno del credito gode dell'ipoteca accessoria a questo: LIII, 3, e 6. Ha diritto di far vendere il credito, o di ottenerne l'aggiudicazione: LIII, 3. Talvolta non è possibile il semplice pegno del credito, ed allora è necessario d'acquistare coll' annotamento di suppegno l'ipoteca del credito inscritto: LIII, 3. Questo annotamento dev'essere rinnovato: LIII. 4, 6. In qual modo s'inscrive il suppegno: LIII, 3. Degli effetti del suppegno sia come tale, sia come semplice pegno del credito ipotecato: LIII. 6. Al pegno del credito, e al suppegno del credito ipotecato è necessaria la denuncia da farsi al debitore: LIII, 4. V. Notifica.

SUPPLEMENTO di garanzia ipotecaria. V. Cauzione. Occorre quando fosse scemata la cauzione ipotecaria già data: XVI, 1. Può essere scemata per la colpa del debitore o del possessore: XVI, 2. Può essere scemata per difetti nati e scoperti dopo l'ipoteca, nel fondo o nella proprietà: XVI, 3. Il supplemento può negli altri casi accordarsi quando nel contratto dell' ipoteca, se ne fosse fatta un' espressa riserva: XVI, 4. L'insufficienza deve provarsi e misurarsi col criterio del § X: XVI, 5. Se non si può dare il supplemento, diventerà tosto esigibile il credito: XVI, 6. Se il terzo possessore sia tenuto al supplemento nel caso che avesse deteriorato il fondo: XVI, 2, LXV, 2.

SURROGA LEGALE. La surroga differisce dalla cessione perchè avviene per titolo necessario, cioè per legge, anzichè per la volontà del creditore: LI, 3 o 16. Principio generale della legge austriaca per la surroga: LI, 16. Induzione analitica del medesimo: LI, 17. Induzione storica dalle

buzioni fondiarie: LI, 32. Si esclude per questa ripartizione proporzionale l'ipotesi che i diversi possessori sieno coobbligati allo stesso debito: LI, 33. Si esclude come contradditoria la ragione che agli altri possessori competa l'eccezione *cedendarum*: LI, 33. Terzo fine della surroga di cui parliamo: competere al possessore convenuto coll'azione ipotecaria quest'eccezione *cedendarum*: LI, 33 e 33 b. Altro sistema di conciliazione tra il possessore e i terzi: che l'ipoteca cadente sopra più fondi dovesse cadere a danno del possessore che per l'ultimo avesse comperato dal debitore; confutazione: LI, 33 a. Soluzione di queste difficoltà nel premesso principio, che la surroga è concessa per favorire l'interesse del pagatore compatibilmente coll'interesse del creditore e dei terzi: LI, 33 b, 33 c. Se l'eccezione *cedendarum* competa all'erede beneficiario, e al coerede assegnatario d'un fondo: LI, 34. Terza classe: se si possano ottenere i mezzi della surroga dopo il pagamento e quali siano: LI, 35. Se si possa ottenere l'annotamento marginale della surroga col processo della prenotazione. V. Prenotazione. Degli effetti della surroga in riguardo al creditore dimesso: sua differenza pratica colla cessione: LI, 36. Criterio distintivo tra la surroga e la cessione per giudicare de' differenti loro effetti: LI, 37. Applicazione di questo criterio al subingresso a titolo universale, eredità, sostituzioni, legati e vendite di cose in massa, e agli assegni giudiziali: LI, 38. Delle formalità necessarie all'efficacia della surroga ne' rapporti coi terzi. Valga ciò che si disse della cessione. V. Cessione: LI, 39. Delle formalità speciali alla surroga: LI, 39. Il surrogato può chiedere e in qual modo l'inserizione: XXIV, 4 e 5. Può chiedere la rinnovazione: XLIX, 3. Può chiedere l'inscrizione del credito in proprio nome esibendo al conservatore la quitanza del pagamento in forma autentica: LI, 39. Della concorrenza del surrogato col creditore dimesso o con altri surrogati, cessionarii o suppegnatarii dello stesso credito, in tutto o in parti distinte: LI, 40. Il terzo possessore che ha pagato il debito inscritto sul proprio fondo come surrogato nei diritti del creditore, può con questi reagire contro il debitore: LXVI, 6. V. Evizione, Legatario. Della surroga de' creditori con ipoteca speciale nell'ipoteca collettiva d'un altro: LXXV, 7. V. Riparto.

SURROGA DEL DEBITORE. Cosa fosse, e con quali requisiti fosse possibile nel Diritto romano: LII, 6. Come nel Diritto francese. LII, 7. S'ella sia possibile razionalmente. E' una specie di subingresso simile a quello che avviene nella novazione: LII, 8. V. Novazione. LIII, 8. V. Legge naturale del credito. Della liceità di questa surroga secondo il Diritto austriaco: LII, 8.

TERZO POSSESSORE, non è obbligato, ma solo interessato alla dimissione del credito che limita la sua proprietà: LI, 24, 31. Egli è tenuto solo alle ipoteche concesse e inscritte dopo il suo acquisto: XXII, 3. Non è tenuto nemmeno alle ipoteche inscritte nello stesso giorno del